

A capacidade para consentir sobre intervenções médicas e a deficiência mental e intelectual

Gustavo Pereira Leite Ribeiro*

Renata Lima**

RESUMO: O presente estudo busca compreender os contornos da capacidade para consentir sobre intervenções médicas de modo a poder aplicá-la às situações de deficiência mental e intelectual. Conforme será demonstrado ao longo da exposição, os resultados da avaliação desta capacidade demonstram que a deficiência, por si só, não é suficiente para presumir a incapacidade decisória ou mesmo para negar a capacidade legal. O texto está dividido em cinco partes. No primeiro tópico de desenvolvimento, o objetivo será investigar as origens da capacidade para consentir por meio de um breve percurso histórico para que se alcance a atual demarcação de suas características. Em seguida, serão escrutinados os elementos necessários para a avaliação da capacidade para consentir. Tendo este panorama, buscar-se-á identificar os momentos de aplicação desta capacidade. Depois, serão examinados alguns instrumentos de avaliação utilizados para se fazer um juízo acerca da competência da pessoa, dando-se especial atenção ao MacCAT-T. Por fim, de modo a consolidar a relevância da avaliação da capacidade para consentir, especialmente em relação ao contexto da deficiência mental, será feita uma análise acerca do atual paradigma de tratamento das deficiências, verificando sua compatibilidade com o modelo de substituição de vontades. Para a execução do trabalho utilizou-se o método de análise textual discursiva por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade legal. Deficiência. Discernimento. Capacidade para consentir. Instrumentos de avaliação.

SUMÁRIO: Introdução; - 1. Capacidade para consentir: histórico e configuração atual; - 2. Elementos da capacidade para consentir; - 2.1. Compreensão; - 2.2. Raciocínio; - 2.3. Apreciação; - 2.4. Expressão da escolha; - 3. Aplicação da capacidade para consentir; - 4. Instrumentos de avaliação; - 4.1. Breve revisão de alguns instrumentos de avaliação; - 4.2. MacCAT-T; - 5. A capacidade para consentir no contexto da deficiência mental: desafios e avanços; - Síntese conclusiva.

TITLE: *Capacity to consent to medical interventions and mental and intellectual disability.*

ABSTRACT: *This study seeks to understand the contours of the capacity to consent to medical interventions in order to apply it to situations of mental and intellectual disability. As will be demonstrated throughout the exposure, the results of this capacity assessment show that disability alone is not sufficient to presume decision-making*

* Doutor em Direito Privado. Ex-bolsista CAPES/PDSE. Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras (Departamento de Direito). Coordenador do Laboratório de Bioética e Direito (LABB UFLA). E-mail: gustavoleiteiribeiro@gmail.com.

** Graduada em Direito da Universidade Federal de Lavras. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB UFLA). Bolsista PIBIC/CNPq. E-mail: renatalima_br@hotmail.com.

inability or even to deny legal capacity. The text is divided into five parts. In the first topic of development the objective will be to investigate the origins of the capacity to consent through a brief historical path to reach the current demarcation of its characteristics. Next, the necessary elements for assessing the capacity to consent will be scrutinized. Having this panorama, will seek to identify the moments of application of this capacity. Afterwards, some evaluation tools used to make a judgment about the competence of the person will be analyzed, paying special attention to the MacCAT-T. Finally, in order to consolidate the relevance of the assessment of the ability to consent, especially in relation to the context of mental disability, an analysis will be made about the current disability treatment paradigm, verifying its compatibility with the will substitution model.

KEYWORDS: *Legal capacity. Disability. Discernment. Capacity to consent. Assessment tools.*

CONTENTS: *Introduction; - 1. Capacity to consent: history and current configuration; - 2. Elements of the capacity to consent; - 2.1. Understanding; - 2.2. Reasoning; - 2.3. Appreciation; - 2.4. Expression of choice; - 3. Application of the capacity to consent; - 4. Assessment tools; - 4.1. Brief review of some assessment tools; -4.2. MacCAT-T; - 5. The capacity to consent in the context of mental disability: challenges and progress; - Conclusive synthesis.*

Introdução

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 de 2015), expressão interna da obrigação assumida com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tem gerado grandes debates no âmbito doutrinário, uma vez que retirou a deficiência como critério justificador da incapacitação legal. Isto tem criado diversos problemas jurídicos e práticos, tornando difícil o necessário equilíbrio entre a autonomia e a proteção.

Essa exclusão se deu em razão da reafirmação da compreensão de que as pessoas com deficiência devem ter reconhecida sua capacidade legal em igualdade de condições com os demais. A alteração que isto gerou na teoria das capacidades pode ser vista como benéfica em diversos aspectos, por exemplo, na desconsideração da redução ou ausência do discernimento como critério suficiente, por si só, para negar a alguém o exercício de direitos.

Ante a vagueza do conteúdo do critério do discernimento, abria-se espaço para o uso de padrões subjetivos e discriminatórios para justificar sua aplicação. Exatamente por constituir-se como um conceito de pouca operatividade, porém de relevância prática, faz-se necessário encontrar meios que supram algumas das lacunas deixadas pela modifica-

ção legal, de modo a contribuir para que sejam encontradas soluções aptas a oferecer respostas a problemas reais e que atendam melhor ao que é proposto pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Nesta busca, alguns conceitos emergem, em especial diante do contexto de inclusão e respeito pela vontade e autonomia das pessoas com deficiência, entre os quais o consentimento informado e a capacidade para consentir sobre intervenções médicas. Tais noções prezam pelo respeito à autonomia da pessoa e mantêm intacta, a princípio, sua capacidade legal, visto que se pautam na verificação de habilidades específicas necessárias para o consentimento ou recusa sobre intervenções médicas.

Mas, afinal, como verificar o grau de autonomia presente em determinada situação para descobrir se seria possível ou não a limitação da tomada de decisão pela pessoa com deficiência mental sobre seus cuidados de saúde? Como permitir que as pessoas com deficiência mental exerçam seus direitos existenciais (como direito à vida, à saúde e à integridade física) sem que tenham sua vontade desconsiderada (ou considerada parcialmente) ou substituída? É possível que haja a referida limitação? Em caso negativo, estariam essas pessoas desprotegidas? Estas e outras questões serão alvo de discussão durante este artigo.

Neste contexto, surgem algumas ferramentas destinadas a auxiliar na avaliação das habilidades necessárias para a tomada de decisões, que é intimamente ligada ao discernimento. Dentre elas, destaca-se o MacCAT-T, que consiste em uma entrevista estruturada voltada ao exame da capacidade para consentir. Será demonstrada ao longo da exposição sua utilidade para o atual contexto da deficiência.

Para o presente trabalho importa compreender os contornos da capacidade para consentir sobre tratamentos médicos de modo a poder aplicá-la às pessoas com deficiência mental e intelectual. Por essa razão, no primeiro tópico de desenvolvimento, o objetivo será investigar as origens da capacidade para consentir por meio de breve percurso histórico para que se alcance a atual demarcação de suas características. Em seguida, serão escrutinados os elementos necessários para a avaliação da capacidade para consentir. Tendo este panorama, buscar-se-á identificar os momentos de aplicação desta capacidade. Depois, serão analisados alguns instrumentos de avaliação utilizados para se fazer um juízo acerca da competência da pessoa, com especial atenção ao MacCAT-T. Por fim, de modo a consolidar a relevância da avaliação da capacidade para consentir, especialmente em relação ao contexto da deficiência mental, será feita uma

análise acerca do atual paradigma de tratamento das deficiências, verificando sua compatibilidade ou incompatibilidade com o modelo de substituição de vontades.

1. Capacidade para consentir: histórico e configuração atual

Historicamente, médicos, familiares, cuidadores e representantes legais ocuparam posição de destaque na obtenção de permissão para que fossem realizadas intervenções médicas nos pacientes sob sua responsabilidade. Isto porque a relação entre o médico e o paciente, tradicionalmente, é marcada por uma configuração vertical e assimétrica. Nela, o médico, muitas vezes assumindo uma postura paternalista e adotando o princípio da beneficência como norte,¹ era incumbido de escolher o que considerava ser o melhor tratamento. A aquiescência do próprio paciente era buscada, mas não era considerada o principal objetivo. Assim, o direito de decidir por si mesmo, a autonomia e a preocupação com o bem-estar do paciente nem sempre estiveram presentes no contexto clínico. Estas foram noções construídas e incorporadas pela doutrina a partir do desenvolvimento do que hoje se entende por consentimento informado.

A doutrina legal que aborda o consentimento informado é relativamente recente: data da segunda metade do século XX, fomentada principalmente em razão da emergência de casos no decorrer dos séculos XIX e XX que envolveram o assunto e foram levados às cortes superiores de países como os Estados Unidos.² Apesar de seu recente surgimento, não se pode dizer que tratamentos médicos eram realizados indiscriminadamente a contra gosto do paciente. A obtenção pelo médico de informações relativas à vontade do paciente (prática geralmente realizada em contextos que envolviam cirurgia) são bastante antigas, sendo comumente citado o caso *Slater v. Baker and Stapleton* (1767). Neste julgado, a corte inglesa decidiu à época que era necessária a prestação do consentimento pelo paciente para intervenções cirúrgicas.³

¹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016, p. 735.

² O reflexo da incorporação desta teoria à prática pode ser ilustrado pelo emblemático caso *Salgo v. Leland Stanford Jr., University Board of Trustees* (1957). Nele, o termo “*informed consent*” foi registrado pela primeira vez. A partir de então, outros casos que já tinham como pressuposto o reconhecimento da importância do consentimento informado, foram responsáveis por ajudar a desenvolver esta doutrina, como o *Canterbury v. Spence* (1972), julgado pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, Estados Unidos. Em sua decisão, a Corte afirmou que o padrão de divulgação da informação deveria ser voltado para o paciente (*patient centered standard of disclosure*), reafirmando o seu direito de ser informado. Antes, sob o império do “padrão profissional” os médicos possuíam o poder de decidir qual informação divulgar e como fazê-la, restando ao paciente a opção de concordar ou não ao final.

KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 7-8.

³ GRISSE, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 4.

Após este período, o foco passa a ser outro: o direito do paciente de fazer escolhas autônomas resultantes de sua participação nas decisões relativas aos seus cuidados de saúde.⁴ Ele não é mais visto como mero receptor das informações fornecidas pelo médico, tendo avaliada apenas sua decisão final sobre o tratamento.⁵ Passa a ser convidado a ponderar por si mesmo as notícias recebidas, bem como a ter sua resposta avaliada de forma mais ampla. Ademais, percebe-se que o padrão de informações divulgadas pelos médicos até então é insuficiente para a tomada de uma decisão considerada autêntica.⁶ Começa-se a exigir que o paciente seja informado sobre os riscos e benefícios do tratamento proposto, sobre sua natureza, condição e finalidade, bem como das diferentes alternativas à situação e suas respectivas implicações, incluindo o eventual cenário de recusa de tratamento.⁷ Além disso, deve-se evitar pressões externas.

Tais informações devem ser prestadas e o consentimento obtido sempre que novas condicionantes surgem, ou seja, a cada vez que a condição do paciente evolui, que novas informações se tornam disponíveis e nos momentos em que as decisões precisam ser tomadas. Este processo deve permear toda a relação médico-paciente, a fim de que o último possa assimilar as informações de forma mais confortável e efetiva, maximizando sua compreensão.⁸

Esta mudança de entendimento, que resultou no atual sentido do consentimento informado, é também explicada por acontecimentos históricos, como a emergência da noção do valor inerente do ser humano e o conseqüente reconhecimento do direito individual de autodeterminação, alcançado com os movimentos de luta pelos direitos civis surgidos após os grandes conflitos bélicos do início do século XX. A principal justificativa se encontra nas teorias éticas por trás do conceito. Uma se pauta em preceitos kantianos, que trazem a ideia de autonomia enquanto possibilidade de se auto-legislar, responsável por conceder valor e dignidade à pessoa, sendo uma de suas características inerentes. A outra justificativa se funda em bases utilitaristas, mais especificamente nas ideias de John Stuart Mill, que relaciona esta característica com o

⁴ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 6.

⁵ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 6.

⁶ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 8.

⁷ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 7.

⁸ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 14-15.

bem-estar individual, adicionando à autonomia a ideia de liberdade contra restrições externas. As duas noções colocam a autonomia como um meio para que se busque (e realize) a própria ideia de bem-estar (noção subjetiva), mesmo que o outro veja a decisão autônoma como contrária ao que se acredita corresponder esta ideia (noção objetiva).⁹

Feito este breve panorama e traçadas as principais características relativas ao consentimento informado, resta indicar os elementos que atualmente o compõem. Uma vez reconhecido o direito do paciente à tomada de decisão autônoma sobre intervenções médicas, para que ele seja resguardado, três elementos devem ser verificados: (i) a divulgação de informação pelo médico, (ii) dentro de um contexto que permita uma escolha voluntária, (iii) feita por um paciente que seja competente para decidir. A falta de qualquer um destes elementos torna o consentimento inválido, seja ética ou legalmente.¹⁰

O elemento que mais interessa a este trabalho diz respeito à competência, dado que, na tradição anglo-saxônica, este é o elemento legal associado às capacidades¹¹ específicas da pessoa, como a capacidade para consentir sobre tratamentos médicos e a capacidade para se defender enquanto réu criminal. Elas devem ser avaliadas casuisticamente, especificando-se para quais situações a pessoa está eventualmente inapta a decidir.

Tendo esta preocupação em mente, nas duas últimas décadas do século XX, pesquisadores iniciaram uma série de estudos destinados a compreender melhor a competência, bem como sua relação com distúrbios mentais, com a tomada de decisões e com o processo judicial. Em resposta, concluiu-se que pacientes com déficits cognitivos não são necessariamente incompetentes para decidir.¹²

O campo em que originalmente se obtiveram resultados mais significativos foi o da capacidade para consentir sobre intervenções médicas que, simplificada, se traduz na capacidade de autorizar intervenções na integridade física, psíquica ou nos direitos de personalidade¹³, envolvendo a “mobilização de recursos cognitivos e emocionais

⁹ APPELBAUM, Paul et al. *Informed consent*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 21-24.

¹⁰ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 6.

¹¹ No contexto do *common law* estas capacidades refletem a aptidão do sujeito para o exercício de determinada habilidade/função, não estando relacionadas a um sistema de capacidades legal como ocorre no sistema do *civil law*.

¹² PELIN, Michael. *Competence in the Law*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008, p. 6.

¹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In MONTEIRO, António Pinto (org.). *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra, v. 2, 2006, p. 105.

necessários para o paciente tomar uma decisão autêntica relacionada com o seu estado de saúde”.¹⁴ Associado ao consentimento informado, este é um dos elementos a serem avaliados pelo médico a fim de verificar a autenticidade e validade do consentimento ou dissentimento dado pelo paciente, e cujo resultado servirá como base para a análise judicial caso sua competência seja questionada.

Cumprido esclarecer que a doutrina estadunidense e canadense que trata do consentimento informado usualmente se vale do termo *capacity* (capacidade) para indicar o funcionamento de um conjunto de habilidades relevantes para tomar determinada decisão (habilidades estas que serão avaliadas no contexto clínico). Já *(in)competency* ((in)competência) é usado para denotar o resultado legal da verificação da presença destas habilidades,¹⁵ sendo a competência um dos elementos requeridos para se validar ética e juridicamente uma decisão.¹⁶ Mostra-se importante ter tais conceitos claros ao fazer a análise das obras relativas ao tema, diante do fato de que os cenários clínico e judicial utilizam o termo de maneira intercambiável.¹⁷ Também é importante frisar que *capacity*, cuja tradução livre corresponde a capacidade, não é, portanto, termo equivalente às capacidades de fato e de direito utilizadas nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica. O que seria mais próximo destas noções seria o termo *competency*, mas mesmo assim não é equivalente. Desse modo, a utilização do termo “capacidade” para indicar as noções apresentadas acima será acompanhado do seu respectivo adjetivo.

Além disso, convém destacar que Thomas Grisso e Paul Appelbaum propuseram um modelo de quatro habilidades baseado em uma ampla revisão legal, jurisprudencial e doutrinária, feita nos Estados Unidos. Contudo, parece não haver estudo semelhante em território nacional, o que dificulta a pesquisa, mas ressalta a importância de fomentar o debate a respeito e de se buscarem formas de aplicar os conceitos, ferramentas e ideias decorrentes do referido estudo e de outros semelhantes.

¹⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016, p. 744.

¹⁵ SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008, p. 328. Autores como Scott Kim entendem que o termo também está associado ao julgamento clínico da capacidade.

¹⁶ APPELBAUM, Paul et al. *Informed consent*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 95-96.

¹⁷ Lorda sugere que seja feita uma “tradução cruzada” entre os termos para que sejam utilizados no contexto bioético de sistemas de *civil law*, de modo que “*competency*” devesse ser traduzida como “capacidade” e “*capacity*” por “competência”. SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008, p. 328.

Feitos estes esclarecimentos, convém destacar que a doutrina moderna do consentimento informado se pauta pelo modelo funcional de capacidade (ou de atribuição de incapacidade¹⁸). Sob este prisma, a capacidade ou incapacidade para consentir é constatada a partir da avaliação de habilidades demonstradas para executar a função específica de decidir sobre intervenções médicas.¹⁹

Tais habilidades, em apertada síntese, consistem em: compreender as informações relevantes para a tomada de decisão sobre o tratamento; autoreferenciá-las no que diz respeito ao quadro clínico, às consequências da recusa ou aceitação do tratamento proposto e às opções disponíveis, considerando suas consequências, finalidade e natureza; manipulá-las em um processo de ponderação entre as opções disponíveis; e comunicar a decisão – seja ela positiva ou negativa – fruto dessa reflexão sobre as informações prestadas pelo médico.²⁰

Ressalta-se, todavia, a importância de se considerar não apenas as habilidades necessárias para o desempenho de determinada função, mas também o contexto no qual elas são exercidas.²¹ O estudo mais expressivo sobre o assunto, responsável por sistematizar estas constatações, foi o realizado pelos psiquiatras Paul Appelbaum e Thomas Grisso, que buscou enfrentar problemas na determinação desta capacidade²² e resultou na ferramenta de avaliação conhecida como MacCAT-T.

Constrói-se, então, uma visão mais próxima da autonomia buscada com o consentimento informado, segundo a qual a justificativa para a determinação de incompetência não pode ter como pressuposto tão somente o diagnóstico, os déficits cognitivos ou mesmo a má performance nos testes de avaliação das habilidades. Estes fatores apenas serão levados em conta se e na medida em que comprovarem o comprometimento das habilidades relevantes para a capacidade avaliada. Logo, a condição considerada em si

¹⁸ BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado. In BARIFFI, Francisco José; PALACIOS RIZZO, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, p. 219-331, 2012, p. 309-317.

¹⁹ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 11.

²⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016, p. 744-745. Em sentido semelhante, cf. GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 31-58.

²¹ É o que Scott Kim chama de “modelo funcional-contextual”. Cf. KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 33.

²² SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008, p. 335.

mesma não significa necessariamente que a pessoa é incapaz, seja clínica ou legalmente, mas pode corroborar com o alcance deste resultado, caso seja responsável por diminuir significativamente a compreensão, apreciação, raciocínio (e a expressão de vontade).²³

Há que se ressaltar, contudo, que os dois interesses sociais por trás da competência, quais sejam, o de promover o bem-estar dos cidadãos protegendo-os do dano/prejuízo e o de incentivar a autonomia dessas pessoas, convivem em constante tensão. Em geral, a tendência que se costuma adotar é aquela segundo a qual o aumento do risco de dano implica na diminuição do grau de autonomia para a tomada de decisão. Nas situações em que esta equação se apresenta, estaria justificada a intervenção na esfera pessoal do paciente, sobrepondo à sua escolha aquela feita por terceiros. Mas fato é que, no contexto do consentimento informado, é dado um alto valor à autodeterminação, fazendo com que se busque a garantia da possibilidade de se tomar a decisão vista como prejudicial, a menos que esta capacidade esteja significativamente (e comprovadamente) prejudicada. Esta é uma forma de se proteger a autonomia, um dos valores mais importantes na nossa sociedade atual.²⁴

Este cenário ganha especial relevância quando é transportado para as situações em que o paciente demonstra algum grau de deficiência mental, visto que são pessoas historicamente invisibilizadas e submetidas a restrições no exercício de seus direitos, inclusive os de índole existencial. A expressividade da temática é intensificada quando se consideram as alterações legislativas trazidas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, que importaram na imposição de um novo paradigma em relação à compreensão da capacidade legal dessas pessoas.²⁵ A partir deste marco, as pessoas com deficiência tiveram formalizado, por exemplo, o reconhecimento de seu *status* de pessoa perante a lei, de sua plena capacidade jurídica em igualdade de condições com os demais e de seu direito a serem incluídas nas decisões relativas a suas vidas.

Diante de tais colocações e considerando o atual paradigma de proteção e promoção dos direitos humanos, garantia de direitos fundamentais e respeito às diferenças, surgem inseguranças na prática médica e jurídica, especialmente no tocante a conflitos decorrentes do desrespeito à autonomia do paciente. A questão é mais delicada quando

²³ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 34.

²⁴ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 13-14.

²⁵ PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008, p. 103-105.

diz respeito a esse grupo de pessoas tradicionalmente tidas como vulneráveis. Desse modo, a adequada compreensão das bases sobre as quais se fundam a avaliação da capacidade para consentir, enquanto elemento distinto da capacidade de exercício,²⁶ pode auxiliar no desafio de garantir à pessoa com deficiência mental a efetiva participação nos processos decisórios relativos aos seus cuidados de saúde.

2. Elementos da capacidade para consentir

A avaliação da capacidade para consentir exige que o avaliador compreenda os princípios legais e éticos destinados a orientar seu exame. Para isto, é importante que conheça não só a história e o propósito da doutrina do consentimento informado, mas também as habilidades consideradas para se classificar alguém como capaz para consentir sobre tratamentos médicos.

No que concerne à base ética das regras que regem a competência decisória, o avaliador – que deverá ser um médico – precisa ter clareza sobre a importância de favorecer a escolha individual, mesmo quando ela possa resultar em decisões menos ideais do ponto de vista médico. Também deve presumir que as pessoas são capazes para decidir por si mesmas. Finalmente, do ponto de vista clínico, o médico deve se preocupar em obter o histórico psiquiátrico e realizar a avaliação geral do estado mental do paciente, com foco específico na avaliação da atenção, humor, pensamento (seja de sua forma, seja de sua estrutura), memória e funcionamento intelectual, afinal, “a avaliação das capacidades decisórias é, em sua essência, uma avaliação do funcionamento mental do paciente”.²⁷

Thomas Grisso e Paul Appelbaum alertam para o fato de que dificilmente se poderá afirmar de modo definitivo que o paciente possui (ou não) alguma das habilidades, uma vez que elas se manifestam de formas e em graus distintos, seja em comparação com outros pacientes, seja considerando momentos diferentes. Além disso, o nível de desempenho exigido para determinada tarefa também demandará uma consideração da natureza da decisão a ser tomada, bem como da condição clínica do paciente e de suas demandas específicas. No mais, afirmam que nem todas as habilidades serão cobradas sempre e nem em igual medida: a depender da atividade, determinado elemento poderá

²⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In MONTEIRO, António Pinto (org.). *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra, v. 2, 2006, p. 7 e 16.

²⁷ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 78-79.

ser desconsiderado ou receber menor importância dentro da avaliação da capacidade para consentir.²⁸

A seguir, serão examinadas cada uma das referidas habilidades. Entretanto, é preciso esclarecer que a ordem de apresentação difere da original, haja vista acreditar-se que o critério de “expressão da escolha” deve ser o último exigido, posterior a todo o processamento da informação recebida.²⁹

2.1. Compreensão

Para atender a este requisito, o paciente precisa conseguir apreender o significado fundamental das informações divulgadas, não sendo suficiente, portanto, que ele apenas as memorize.³⁰ Para que ele possa alcançar o adequado entendimento das informações prestadas, estas devem descrever a doença, as possibilidades de tratamento, bem como seus benefícios e riscos e eventuais desconfortos. Caso a alteração desta habilidade cognitiva se mostre demasiadamente prejudicial, poderá ser o paciente declarado incompetente para decidir, mas dificilmente ela sozinha levará a este resultado.³¹

O avaliador deve estar atento às mudanças deste elemento, pois sua limitação pode representar um risco ao paciente: a compreensão inadequada das informações pode comprometer seu processo decisório e, conseqüentemente, levar a uma escolha capaz de gerar danos ou que não teria sido feita em um cenário de adequada compreensão. Ressalta-se, entretanto, que os déficits cognitivos não são os únicos responsáveis por gerar este risco. A própria condição clínica, a administração de alguns medicamentos e até mesmo a ansiedade causada por um diagnóstico ou pela perspectiva de determinado tratamento, por exemplo, podem colocar o paciente na mesma situação.³²

Não se pode olvidar que a assimilação precisa da informação pela pessoa envolve uma série de eventos neurológicos complexos, que podem representar uma limitação à

²⁸ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 31-33.

²⁹ Esta mesma ordem de apresentação das habilidades pode ser conferida em: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016.

³⁰ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 22.

³¹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 37-38

³² GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 38-40.

avaliação desta habilidade. O primeiro deles é o recebimento da informação, cujo processamento sofre influência não só da integridade sensorial, mas também das funções perceptivas (como atenção e consciência seletiva).³³ Outro evento relevante é a memória, a qual deve essencialmente estar presente no momento da prestação das informações e da tomada de decisão, e pode ser requerida em momentos posteriores caso tenham sido estabelecidos outros diálogos com o médico.³⁴

O avaliador, ainda, precisa se ater ao fato de que o comportamento e a decisão expressa podem ser enganosos. As razões para isto podem ser diversas: podem decorrer tanto da dificuldade do paciente em se comunicar, quanto da falta de entendimento ou conhecimento acerca do conteúdo da informação. Isto indica a necessidade de que sejam desenvolvidas pelo profissional da saúde responsáveis pela avaliação alternativas que não estejam intimamente ligadas à expressão verbal.³⁵

2.2. Apreciação

Verificada a compreensão da informação, deve-se examinar a apreciação feita sobre ela. Esta habilidade refere-se à capacidade do paciente de aplicar as informações abstratamente compreendidas à sua própria situação, (i) reconhecendo sua doença e seu diagnóstico e (ii) considerando as consequências que sua escolha trará para a sua situação atual e para seu cotidiano futuro. Mas esta apreciação só ocorre de fato se houve a adequada compreensão.³⁶ Cumpridos estes requisitos, a recusa do tratamento recomendado estaria justificada, devendo, pois, ser respeitada.³⁷

Contudo, a classificação deste critério não é feita da mesma forma por todos os especialistas em bioética. Alguns entendem ser a “apreciação” uma habilidade integrante do conceito de “compreensão”, colocando as crenças das pessoas como um de seus componentes. Porém, Thomas Grisso e Paul Appelbaum, apesar de reconhecerem a proximidade e a relação entre os conceitos, afirmam haver benefícios em tratá-los de forma autônoma. Os motivos apontados são: (a) as definições legais e regulatórias por

³³ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 38.

³⁴ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 41-42.

³⁵ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 41.

³⁶ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 22-23.

³⁷ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 45.

eles analisadas geralmente fazem essa distinção; (b) traz mais clareza para os médicos sobre a necessidade de atender a ambas habilidades no processo de avaliação de competências; (c) as várias pesquisas das quais eles tomaram conhecimento (e a que eles próprios desenvolveram) demonstraram que as funções associadas à compreensão e à apreciação podem variar independentemente e que são prejudicadas por diferentes fatores.³⁸

Convém destacar, ainda, que o processo de apreciação envolve a influência das crenças pessoais, que podem afetar as percepções do paciente sobre o provável impacto do tratamento recomendado. Nestes casos, o avaliador precisa investigar as razões (e a origem) destas crenças, verificando a flexibilidade de sua adaptação a novas informações.³⁹ Somado a este pano de fundo cultural, devem ser levados em conta o contexto da condição clínica do paciente, seu histórico de saúde mental (caso apresente alterações temporárias ou permanentes) e sua possibilidade de adaptação ao estresse ante a diagnósticos desfavoráveis e a tratamentos desconfortáveis e/ou de risco. O objetivo é verificar se crenças aparentemente ilógicas prejudicaram a apreciação do paciente (vide a diferença qualitativa entre o caso do homem que já havia sido internado em hospital psiquiátrico mais de quatorze vezes que, mesmo estando sob o uso de medicamento, recusava-se a testar novos tratamentos que os médicos acreditavam que seriam capazes de melhorar sua condição, e o da mulher que recusava a amputar os dedos gangrenados por acreditar estarem sujos).⁴⁰

Tem-se, portanto, que a apreciação pode ser considerada insuficiente ou inexistente quando o não reconhecimento da doença ou das consequências relevantes das opções de tratamento por parte do paciente representarem uma crença: (a) substancialmente irracional, irrealista ou resultado de uma distorção da realidade, haja vista que aqui não se está a questionar a decisão do paciente, mas sim a qualidade de suas crenças ou premissas nas quais a escolha se baseou; (b) resultado de uma cognição comprometida, pois crenças ilógicas ou irracionais não necessariamente podem ser justificativa para se constatar a falta da habilidade de apreciar (vide o exemplo de crenças religiosas, que

³⁸ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 44.

³⁹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 88-89.

⁴⁰ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 51.

podem parecer irracionais, mas não podem ser assim definidas)⁴¹; c) relevante para a decisão do paciente sobre o tratamento a ponto de poder afetá-la.⁴²

Por fim, afirma-se que a eventual falha na apreciação decorre não necessariamente de uma doença mental, mas pode também advir de situações de estresse e distúrbios afetivos (como pela perda de um ente querido). Negação e distorção são defesas psicológicas empregadas em algum nível por todos nós.⁴³

2.3. Raciocínio

A habilidade de manipular as informações de maneira racional a fim de se chegar a uma decisão sobre o procedimento clínico a ser realizado é o que se espera quando o foco da avaliação recai sobre o raciocínio. Scott Kim define esta função como o processo responsável por conectar o entendimento factual e as crenças que o cercam com o resultado da expressão de uma preferência.⁴⁴ Não se pode, então, confundi-lo com o critério de “apreciação”, pois a preocupação aqui é com a identificação de uma potencial irracionalidade no processamento de informações e não no conteúdo ou mesmo na razoabilidade do que está sendo processado.⁴⁵ Em decorrência desta proximidade, o avaliador não deverá se apoiar unicamente no critério do raciocínio para declarar a incapacidade do paciente. Ele acaba, dessa forma, servindo como um meio para descobrir falhas na apreciação ou no entendimento.⁴⁶

O profissional de saúde responsável pela avaliação, contudo, deve estar atento às possíveis confusões que o termo “irracional” pode gerar: a mera discordância do paciente com o que o médico considera como melhor interesse ou com o que terceiros acreditam ser a melhor decisão, não são justificativas suficientes para classificar o processamento como irracional, negando-se, em consequência, a tomada de uma decisão não convencional. O critério de raciocínio não deve ser usado para negar o poder de decisão às pessoas cujo estilo de fazer escolhas se desvia de alguma norma abstrata de

⁴¹ Para Grisso e Appelbaum neste caso, apenas se terceiros ou menores estiverem envolvidos seria justificável a intervenção judicial.

⁴² GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 45-49.

⁴³ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 49-50.

⁴⁴ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 24.

⁴⁵ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 52-53.

⁴⁶ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 26.

“racionalidade”. Conforme aponta Scott Kim, esta seria uma “abordagem de resultados”, que vai de encontro ao conceito moderno de autodeterminação do paciente.⁴⁷

Além disso, este elemento, assim como os demais elementos da capacidade para consentir, não envolve apenas uma única habilidade, mas sim um conjunto delas, relacionadas de forma a permitir um processo formal de tomada de decisão. As habilidades relevantes para o raciocínio usualmente elencadas são as seguintes: (a) capacidade de manter o foco na tarefa de decisão; (b) capacidade de considerar as opções; (c) capacidade de considerar e imaginar consequências; (d) capacidade de avaliar a probabilidade das consequências possíveis; (e) capacidade de avaliar a conveniência das consequências à luz dos valores de alguém; (f) capacidade de deliberar levando em conta todos esses fatores para chegar a uma decisão.⁴⁸

O médico também precisa ter atenção às condicionantes capazes de influir neste processamento, refletindo, na verdade, uma dificuldade em sua execução (quando, por exemplo, o paciente não consegue lidar com opções complexas). Assim, a sua preocupação deve estar em identificar se as habilidades mentais do paciente estão tão prejudicadas a ponto de comprometer a tomada de decisão. Isso porque, há que se levar em conta que mesmo aqueles considerados “normais” ou “racionais” dificilmente apresentarão um parâmetro linear de tomada de decisões em todas as situações,⁴⁹ especialmente quando se tratam de situações de crise.

2.4. Expressão da escolha

Habilidade que tem gerado grandes discussões em razão de sua eleição como critério definidor da incapacidade de fato relativa, a expressão da escolha teve, portanto, maior relevância atribuída pelo ordenamento brasileiro. Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil foi alterado. Foram excluídas as habilidades mentais como fatores de incapacitação total ou parcial, agora permitindo que apenas aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem expressar sua vontade sejam considerados relativamente incapazes, nos termos do seu art. 4º, III, do referido diploma legal.

⁴⁷ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 23.

⁴⁸ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 25.

⁴⁹ BACH, Michael. Supported decision-making: legal fiction or grounded practice? Paper presented at *In from the margins: new foundations for personhood and legal capacity in the 21st Century*. Vancouver: University of British Columbia, 2011, p. 22.

Os problemas decorrentes desta modificação serão expostos posteriormente mas, por ora, cabe esclarecer que a ausência de capacidade de comunicação verbal não necessariamente significa uma inabilidade para transmitir a decisão eleita.⁵⁰ A escolha pode ser comunicada de diferentes formas, como por meio de palavras, desenhos, gestos e atitudes.

No momento da avaliação da capacidade para consentir, o médico deve buscar entender as demandas de seu paciente a fim de tentar encontrar um meio que permita identificar a escolha feita. Para tanto, não só a adaptação do meio pode ser necessária (como um tradutor ou alguma tecnologia assistiva), mas também a comunicação com as pessoas próximas pode ser fundamental. Muitas vezes, estas pessoas possuem maior familiaridade com as maneiras de expressão do paciente, além de poderem entender melhor o seu significado.⁵¹

A atividade demandada aqui parece ser simples: requer que o paciente meramente indique a decisão relativa ao procedimento escolhido. Mas, conforme indica Scott Kim, algumas questões devem ser levadas em conta, tais como: (a) a comunicação não precisa ser verbal; (b) alguns pacientes podem falhar na tarefa (como aqueles em coma ou deficiência mental severa); (c) a habilidade requer certa estabilidade na escolha; e (d) a pessoa deve ser capaz de reconhecer que a pergunta é direcionada a ela; entender que está sendo solicitado que ela faça uma escolha; comunicar uma escolha que é de fato uma das opções disponíveis; e ter uma escolha suficientemente estável.⁵²

Especificamente sobre a questão da estabilidade da escolha, são necessárias algumas considerações. A estabilidade relevante aqui não diz respeito a uma linearidade e coerência verificável ao longo de toda a vida do paciente, mas sim à avaliação se este paciente não tem expressado escolhas diferentes (ou opostas) em um curto período de tempo. Assim, por exemplo, o avaliador deve se ater a oscilações entre escolhas contraditórias. Percebe-se, então, que o elemento “expressão da escolha” não será

⁵⁰ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 36.

⁵¹ BACH, Michael. Supported decision-making: legal fiction or grounded practice? Paper presented at *In from the margins: new foundations for personhood and legal capacity in the 21st Century*. Vancouver: University of British Columbia, 2011, p. 4.

⁵² KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 21-22.

considerado apenas nos casos em que a comunicação se mostre prejudicada. Cabe ao avaliador julgar o nível de estabilidade exigido a depender da decisão a ser tomada.⁵³

3. Aplicação da capacidade para consentir

Identificados a base justificativa e os elementos necessários à aferição da capacidade para consentir, é preciso analisar os momentos em que ela pode ser questionada. Pablo Simón-Lorda aponta algumas situações em que os médicos poderiam por em cheque a presunção de capacidade de seu paciente: (a) a mudança brusca do estado mental do paciente; (b) a recusa de um tratamento altamente recomendado sem uma justificativa clara ou feita com base em pressupostos excessivamente irracionais; (c) a fácil aceitação da realização de procedimentos muito invasivos, desagradáveis ou perigosos sem, aparentemente, apreciar os riscos e benefícios; (d) a presença prévia de um transtorno neurológico ou psiquiátrico capaz de produzir períodos transitórios de incapacidade.⁵⁴ Thomas Grisso e Paul Appelbaum consideram quatro situações semelhantes, apenas ampliando a última hipótese, que apresentam como: a presença prévia de um ou mais fatores de risco que possam levar a uma tomada de decisão prejudicial. Tais fatores são: (a) o diagnóstico; (b) os sintomas psicopatológicos; (c) os fatores situacionais; e (d) a idade.⁵⁵

Analisando de forma detida cada uma das hipóteses, tem-se que a mudança brusca no estado mental do paciente pode ser evidenciada por meio de um comportamento confuso ou desorientado, por exemplo. Segundo os autores, este tipo de sintoma é mais comum em pacientes idosos. Mas as causas naturais não são as únicas responsáveis por gerar esta mudança de comportamento. Medicamentos, alterações metabólicas, febre ou mesmo a exaustão podem afetar a capacidade para consentir.

No que concerne à recusa de um tratamento recomendado, o médico não deve presumir a incapacidade de seu paciente, mas sim buscar entender os valores que ele carrega; perquirir se o paciente está sob influência de terceiros, de crenças irracionais ou mesmo se está mal informado; e se apresenta manifestações psicopatológicas ou déficit

⁵³ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 21-22.

⁵⁴ SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008, p. 331.

⁵⁵ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 68-76.

cognitivo.⁵⁶ Já quando um procedimento de risco é facilmente aceito, deve-se perquirir o grau do risco: quanto maior, mais alta será a exigência no desempenho das habilidades relacionadas. Neste caso, a apreciação deve ser vista com especial cuidado.⁵⁷

Por fim, apesar de a presença de fatores prévios capazes de gerar dúvida acerca da capacidade para consentir nunca ser determinante por si só para declarar a incompetência, pode ser um importante indicativo para a necessidade de avaliar o paciente a fim de evitar que seja tomada uma decisão prejudicial sem a devida compreensão, apreciação e raciocínio. Contudo, deve se ter em mente que a deficiência mental é heterogênea, podendo produzir diferentes impactos nas habilidades cognitivas da pessoa. Assim, a existência de um diagnóstico que constate tal condição não pode ser o fator primário nem universal para que o paciente seja considerado como parte de um grupo de risco, muito menos que seja declarado incompetente.⁵⁸

Nesse sentido, os autores afirmam que a presença de fatores clínicos, como uma psicopatologia geral, são apenas um indicativo da incapacidade para a tomada de decisões, mas que ainda assim pode existir um bom desempenho na compreensão, por exemplo. Fatores situacionais também podem aumentar (ou mesmo gerar) dificuldades na tomada de decisão. O ambiente clínico ou ambulatorial pode causar ansiedade, medo e outros efeitos sobre a pessoa. Como já é possível imaginar, a idade, por si, não é um fator que causa incapacidade ou incompetência, seja em idosos ou crianças, mas pode ser que estas pessoas estejam mais suscetíveis aos efeitos dos fatores situacionais.⁵⁹ Assim, o avaliador precisa ter cautela ao encaminhar um paciente para a avaliação, haja vista que, a depender do resultado, ele poderá ser privado de parte de sua autonomia.

4. Instrumentos de avaliação

Apresentadas estas informações, faz-se relevante o exame de métodos desenhados para a avaliação de algumas capacidades. Conforme destaca Pablo Simón-Lorda:

Se na década de oitenta dedicou-se a discutir os critérios e padrões de avaliação da capacidade, na década de noventa ganhou protagonismo

⁵⁶ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 62-64.

⁵⁷ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 68.

⁵⁸ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 68-71.

⁵⁹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 71-75.

decisivo o desenho de ferramentas ou protocolos clínicos de avaliação da capacidade. O que parece dominar a década presente é uma prolongação da anterior, mas agora a ênfase se coloca na investigação comparativa entre os diferentes protocolos de avaliação, na busca do instrumento mais rápido, fácil e confiável.⁶⁰

O autor ainda ressalta que a avaliação da capacidade de um paciente sempre será baseada em juízos de probabilidade, ou seja, não permite que sejam dadas respostas exatas, pautadas em uma certeza científica. Portanto, é importante que os profissionais envolvidos tenham conhecimento sobre as ferramentas disponíveis, mesmo que elas não sejam capazes de oferecer uma resposta definitiva a todos os casos (o que não impede que se busquem ferramentas cada vez mais precisas e sensíveis).⁶¹

Diante da infinidade de situações com as quais o médico pode se deparar ou mesmo da quantidade de detalhes a que ele deve estar atento, avaliar a capacidade para consentir de um paciente, frente a complexidade da mente humana, pode parecer tarefa inexecutável na prática. Contudo, métodos como o MacCAT-T vêm justamente na contramão desta crença, decodificando o modo de avaliar as habilidades relevantes para a tomada de decisões. A seguir, são apresentados alguns destes instrumentos.

4.1. Breve revisão de alguns instrumentos de avaliação

A capacidade para consentir sobre intervenções médicas não é única que possui um instrumento estruturado com o escopo de aferi-la. A *competency to stand trial* ou competência para ser julgado, em tradução livre, possui o *MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication* (MacCAT-CA) como ferramenta para auxiliar a avaliação médica e forense da capacidade de réus criminais para atuar em sua própria defesa.⁶² Já o *Testamentary Capacity Assessment Tool* (TCAT) foi desenhado para avaliar a capacidade testamentária (ou *testamentary capacity*) de adultos e idosos que apresentem déficits mentais ou intelectuais.⁶³ O *MacArthur Competence Assessment*

⁶⁰ Tradução livre. SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008, p. 341.

⁶¹ SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008, p. 327.

⁶² ZAPF, Patricia; SKEEM, Jennifer; GOLDING, Stephen. Factor structure and validity of the MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication. *Psychological Assessment*, v. 17, n. 4, p. 433-445, 2005. DOI: 10.1037/1040-3590.17.4.433. Acesso em: 05 de agosto de 2019, p. 443.

⁶³ PAPAGEORGIOU, Sokratis et al. Testamentary Capacity Assessment Tool (TCAT): a brief instrument for patients with dementia. *Journal of Alzheimer's Disease*, v. 61, n. 3, p. 3-12, 2018. DOI: 10.3233/JAD-170297. Acesso em: 05 de agosto de 2019, p. 986.

Tool-Clinical Research (MacCAT-CR), por sua vez, busca avaliar a capacidade do paciente para participar de pesquisas clínicas.⁶⁴

Estes instrumentos foram elaborados por meio de uma releitura do modelo desenvolvido por Grisso e Appeubbaum e chegam a resultados semelhantes: demonstram que o declínio cognitivo é condição importante a partir da qual uma escolha pode ser questionada. No entanto, o comprometimento das funções cognitivas por si só não é razão suficiente para considerar alguém incompetente.

Importa salientar que a escolha do instrumento a ser utilizado, para além de identificar qual a capacidade específica que se pretende verificar, exigirá uma análise da demanda fática. Quanto mais complexa a tarefa, maior a necessidade de garantir uma avaliação mais completa e melhor documentada, justificando-se, portanto, a escolha de instrumentos como os apontados acima. No entanto, se os riscos forem menores, exigir um instrumento mais rigoroso ou formal pode não fazer tanto sentido, de modo que instrumentos de triagem mais breves podem atender melhor à situação.⁶⁵ Assim, existem algumas ferramentas mais breves – porém mais restritas – como o MMSE e o HCAT.

O *Hopkins Competency Assessment Test* (HCAT) foi desenhado para auxiliar médicos a “formarem uma opinião sobre a competência de um paciente” e consiste em um ensaio a partir do qual se explica o processo de consentimento informado. Sua vantagem é que pode ser conduzido por outros profissionais que não o médico – aumentando seu potencial como instrumento de triagem – e se mostra bastante simples e rápido: são feitas seis perguntas a serem respondidas com verdadeiro ou falso e, em média, dez minutos são necessários para sua realização. Por outro lado, sua desvantagem está no fato de que só é capaz de avaliar a compreensão do paciente, sendo, portanto, bastante limitado. Contudo, testes feitos com este instrumento mostraram que ele apresentou bons resultados em pacientes com Alzheimer.⁶⁶

Por fim, apresenta-se o *Mini-Mental State Examination* (MMSE), que visa a avaliar o grau de deterioração cognitiva, que pode ser responsável por afetar diversas funções psicológicas básicas, como atenção e concentração, memória, linguagem, raciocínio ou coordenação psicomotora. Além destas, pode detectar distúrbios psicopatológicos, como

⁶⁴ STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: a review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*, Ontario, v. 25, p. 954-974, 2005, p. 962.

⁶⁵ KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 163.

⁶⁶ STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*, Ontario, v. 25, p. 954-974, 2005, p. 956-957.

a psicose, bem como não patológicos, como os efeitos do envelhecimento. O teste, adaptado para a realidade de outros países como a Espanha, leva de cinco a quinze minutos para ser concluído e conta com um formulário a ser preenchido de forma objetiva.⁶⁷ Todavia, testes posteriores verificaram que este instrumento não é capaz de prever a capacidade de forma específica e sensível, embora contribua para a identificação de incapacidade em casos de Alzheimer,⁶⁸ bem como pode ser útil para selecionar pacientes que precisam de uma avaliação mais cuidadosa.⁶⁹

Desse modo, o MMSE, apesar de ser uma fonte relativamente fácil de obtenção de informações sobre deteriorações cognitivas e de ser amplamente utilizado na prática, deve ser visto com cautela.⁷⁰ Seu formulário contém questões que parecem bastante limitadas para cumprir com o objetivo de se obter uma base confiável para a verificação da capacidade⁷¹ (o instrumento não foi projetado para medir a capacidade, mas busca prever sua condição em alguma medida), o que vai contra objetivos tanto do consentimento informado quanto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Para que fosse aplicado no contexto atual, acredita-se ser necessária uma reformulação de seus itens.

A despeito destas ressalvas, a utilização destas ferramentas – umas mais que outras – se justifica porque elas permitirem uma avaliação multidimensional de diversas habilidades com um enfoque interdisciplinar que envolve disciplinas médicas, jurídicas e psicológicas. Além disso, podem ser utilizadas por médicos e juristas, pois transmitem um grau elevado de confiabilidade – ressalvadas as observações feitas acima –, uma vez que foram testadas empiricamente e baseiam-se em pesquisas que aliam a teoria à prática. Apesar de ser possível encontrar críticas a respeito dos ditos instrumentos,⁷² como a sua inaplicação às decisões de natureza patrimonial,⁷³ elas não são suficientes

⁶⁷ LÓPEZ MIQUEL, Jordi; AGUSTÍ MARTÍ, Gabriel. Mini-Examen Cognoscitivo (MEC). *Revista Española de Medicina Legal*, v. 37, n. 3, p. 122-127, 2011, p. 122-125.

⁶⁸ STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*, Ontario, v. 25, p. 954-974, 2005, p. 964.

⁶⁹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 91.

⁷⁰ STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*, Ontario, v. 25, p. 954-974, 2005, p. 964.

⁷¹ O formulário contém questões como “Que dia do mês é hoje?” “Em qual país estamos?”. Para ter acesso ao formulário, cf. LÓPEZ MIQUEL, Jordi; AGUSTÍ MARTÍ, Gabriel. Mini-Examen Cognoscitivo (MEC). *Revista Española de Medicina Legal*, v. 37, n. 3, p. 122-127, 2011, p. 123-125.

⁷² Um exemplo de limitação apontada pode ser conferido em: PAPAGEORGIOU, Sokratis et al. Testamentary Capacity Assessment Tool (TCAT): a brief instrument for patients with dementia. *Journal of Alzheimer's Disease*, v. 61, n. 3, p. 3-12, 2018. DOI: 10.3233/JAD-170297. Acesso em: 05 de agosto de 2019, p. 992.

⁷³ É prudente reconhecer tal crítica pois, de fato, admite-se que os instrumentos apresentados dizem respeito tão somente a decisões de natureza existencial, o que não resolve o problema da insuficiência da prestação de suportes como único meio para a validação da vontade do agente. Contudo, acredita-se que o caminho proposto representa um avanço na tratativa da temática, contribuindo para se elucidar as situações em que

para afastar os benefícios advindos de seu emprego, dentre os quais o principal diz respeito à autonomia da pessoa avaliada. Isso porque a análise específica e detalhada das habilidades permite que seja atestada (ou não) a capacidade mental para determinado ato, mantendo intacta a capacidade legal. Isto se aproxima dos ditames da CDPD, bem como do corolário de direitos fundamentais positivado na Constituição da República.

4.2. MacCAT-T

O *MacArthur Competence Assessment Tool – Treatment* (MacCAT-T) é um método que se utiliza de uma entrevista estruturada e de um procedimento classificatório a fim de auxiliar médicos a avaliarem as capacidades para a tomada de decisão sobre intervenções a partir do exame das habilidades funcionais do paciente tidas como as mais importantes para a tarefa.⁷⁴ São elas: compreender as informações relevantes para a tomada de decisão sobre o tratamento (compreensão); autoreferenciá-las em relação ao quadro clínico, às consequências da recusa ou aceitação do tratamento e às opções disponíveis (apreciação); manipulá-las em um processo de ponderação entre as opções disponíveis construindo uma decisão autêntica (raciocínio); e comunicar a decisão tomada a partir dessa reflexão sobre as informações prestadas pelo médico (expressão da escolha).⁷⁵

Segundo Thomas Grisso e Paul Appelbaum, este método foi desenvolvido a partir da demanda dos médicos, que precisam de ferramenta funcional para ajudá-los, na prática clínica cotidiana, a obter e organizar informações sobre as habilidades decisórias de seus pacientes. Constataram, a partir das pesquisas empíricas em que testaram o instrumento, que a entrevista leva de quinze a vinte minutos para ser concluída.⁷⁶

Para além do objetivo da avaliação, destacam que a ferramenta visa a moldar um procedimento para obter o consentimento informado para o tratamento⁷⁷ e, ao continuar justificando sua criação, afirmaram que

é necessária a representação e para dar concretude ao que se entende por ausência ou diminuição da capacidade mental.

⁷⁴ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 101.

⁷⁵ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016, p. 744-745. Em sentido semelhante, cf. GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 31-58.

⁷⁶ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 103.

⁷⁷ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 102.

O método tinha que ser curto o suficiente para não sobrecarregar as capacidades limitadas de atenção dos pacientes e responder ao tempo limitado dos médicos. Além disso, o procedimento teve que permitir que os médicos avaliassem as habilidades dos pacientes com referência nos próprios distúrbios específicos dos pacientes, opções, e circunstâncias da vida, em vez de situações hipotéticas. Assim, o formato precisava ser suficientemente flexível para o uso na avaliação de pacientes com uma ampla gama de doenças, incluindo distúrbios psiquiátricos.⁷⁸

De fato, verifica-se que o MacCAT-T segue uma sequência fixa de tópicos que guiam o médico pela divulgação, organizados em um formulário a ser preenchido. O formulário permite que o médico: (a) organize, antes de se encontrar com o paciente, o conteúdo a ser revelado para obter o consentimento informado; b) visualize o guia enquanto fala com o paciente, facilitando assim a condução da entrevista; c) mantenha organizadas as anotações provenientes das respostas do paciente; d) classifique as habilidades de uma forma mais fácil depois de feita a entrevista; e e) documente o diálogo, o que servirá como registro ao qual o médico pode recorrer em consultas posteriores no caso de ser solicitado a descrever os dados e a lógica em que se baseou para o julgamento clínico sobre as capacidades do paciente ou, ainda, em eventuais processos judiciais.⁷⁹

É necessário deixar claro, desde já, a diferença entre medir o nível das capacidades de tomada de decisão dos pacientes (objetivo do MacCAT-T) e decidir se eles poderão fazer escolhas autônomas (objetivo das decisões clínicas ou legais sobre competência). Neste tocante, afirmam Thomas Grisso e Paul Appelbaum que sua ferramenta pode ajudar a alcançar a decisão ao oferecer as informações necessárias para que o avaliador faça o julgamento sobre a competência do paciente, mas que nenhum nível específico de capacidade é capaz de revelar por si a competência ou incompetência, ou seja, a mera coleta de informações de classificação das habilidades segundo o sistema oferecido pelo instrumento não são suficientes para que seja feito o julgamento final. Presumir que o sistema de avaliação mediu a própria competência e que as perguntas legais ou éticas sobre ela podem ser respondidas com base na classificação numérica resultante da entrevista é presumir um uso indevido da ferramenta.⁸⁰

⁷⁸ Tradução livre. GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 103.

⁷⁹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 103.

⁸⁰ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 104.

Para descrever como deve ser feita a dita avaliação utilizando o *MacArthur to Treatment* como base, se considerará: (1) quem deve realizar a tarefa; (2) suas etapas; e (3) as técnicas que podem ser adotadas para aumentar o desempenho do paciente.

O médico assistente (aquele que acompanha o tratamento e responde pelo diagnóstico) geralmente será a pessoa mais indicada para realizar a avaliação da capacidade de seu paciente, em razão de seus conhecimentos específicos. A equipe de enfermagem, por ter contato regular e direito com o paciente, pode vir a desempenhar um papel neste processo, principalmente ajudando a identificar as situações que embasam o questionamento sobre a capacidade do paciente.⁸¹

Sob a justificativa de, por exemplo, manter uma boa relação com seu paciente, o médico pode delegar a tarefa para outro médico, mas também é importante que o novo consultor tenha conhecimentos sobre a doutrina do consentimento informado e tenha acesso às informações sobre o quadro clínico (e contextual) do paciente.⁸²

Identificado o profissional habilitado à condução da avaliação, ele deverá seguir algumas etapas prévias para poder fazer os questionamentos de forma mais eficiente. A primeira delas consiste em determinar e justificar os motivos que levaram à requisição da avaliação.⁸³ Feito isto, o clínico desenvolve uma breve descrição do distúrbio do paciente, do tratamento recomendado e dos benefícios, riscos e desconfortos do tratamento. Para cada um desses tópicos, o clínico escreve nos espaços fornecidos no Formulário de Registro do MacCAT-T todas as informações a serem divulgadas ao paciente. Aspectos do distúrbio (ou do provável curso do distúrbio caso nenhum tratamento tenha sido recebido) são registrados na página um. Informações importantes sobre a natureza do tratamento recomendado devem ser escritas na página dois. Pelo menos dois benefícios e dois riscos/desconfortos do tratamento devem ser registrados na página três. Um formulário separado, denominado Formulário de Tratamento Alternativo, possui

⁸¹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 77.

⁸² GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 79.

⁸³ Caso seja solicitado o auxílio de um consultor, ele deverá seguir os quatro passos descritos por Grisso e Appelbaum durante as páginas 80 a 82. O médico pode ser dispensado de seguir esta etapa preliminar. Cf. GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 80-82.

informações semelhantes para preparar as divulgações de cada tratamento alternativo. Estas informações serão prestadas ao longo da entrevista.⁸⁴

Segue-se, então, para a preparação do paciente para a avaliação. Isto inclui informá-lo acerca da natureza e do propósito da avaliação, já que auxilia sua compreensão acerca da importância do procedimento, encorajando-lhe a atuar da melhor forma possível. Também inclui garantir o tempo necessário para que apreenda as informações sobre sua situação e sobre as opções de tratamento.⁸⁵ Neste tocante, Javier Cabrero alerta que, com o novo paradigma sobre as deficiências, é preciso atualizar a leitura que se faz sobre o consentimento informado de acordo com a nova ótica. Isto deve refletir, por exemplo, na divulgação da informação que, nos casos pertinentes, deve passar a transmitir a visão da deficiência como uma questão de direitos.⁸⁶

Superada esta etapa preliminar, deve-se prosseguir conduzindo a avaliação das habilidades do paciente para a tomada de decisões sobre tratamentos médicos. Neste ponto, surgem dois caminhos possíveis: o uso de uma entrevista clínica ou de uma ferramenta estruturada de avaliação. A entrevista consiste em procedimento mais simples, a ser utilizado quando o aparente déficit cognitivo se apresenta de forma mais branda. Nela, o médico deverá fazer uma avaliação do estado mental geral do paciente, buscando subsídios junto ao próprio paciente e, em alguns casos, em fontes diversas (como pessoas próximas⁸⁷ e o prontuário). Depois desta avaliação geral, deverá focar a entrevista em identificar as habilidades específicas da tomada de decisões.⁸⁸ Contudo, em razão do escopo do presente estudo, este método não será escrutinado.

O uso de ferramenta estruturada para a avaliação é vantajoso porque traz uma maior segurança para a atuação do médico, constrói um material mais sólido para eventuais análises judiciais (ou mesmo provas que isentem ou responsabilizem o médico em

⁸⁴ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 108-114. Para visualizar a estrutura do formulário, cf. p. 193-200.

⁸⁵ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul S. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 82-84.

⁸⁶ ROMANACH CABRERO, Javier. Derechos humanos y bioética: capacidad jurídica, consentimiento y consentimiento informado. In BARRIFFI, Francisco José; PALACIOS RIZZO, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, p. 601-624, 2012, 620.

⁸⁷ Sobre o auxílio de pessoas próximas no processo de tomada de decisões, cf. BACH, Michael. Supported decision-making: legal fiction or grounded practice? Paper presented at *In from the margins: new foundations for personhood and legal capacity in the 21st Century*. Vancouver: University of British Columbia, 2011.

⁸⁸ Para mais detalhes sobre a entrevista clínica, cf. GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 85-92.

eventuais processos), além de permitir que o paciente crie uma maior confiança não só na sua escolha, mas também naquele que o assiste. O *MacArthur To Treatment* também permite que seja realizada uma comparação entre os resultados obtidos com sua classificação entre diferentes grupos de pacientes, o que pode auxiliar a encontrar falhas em sua aplicação, servindo, portanto, como fonte para pesquisas futuras.

A tabela a seguir sistematiza as diretrizes que o médico deve seguir para promover a avaliação da competência. Ela descreve tarefas para o médico e para o paciente, sugere questões a serem feitas para avaliar cada habilidade específica, bem como contém comentários úteis ao direcionamento da pontuação na classificação ofertada pelo método.⁸⁹ Importa destacar que o consentimento informado, que deve ser um processo dialógico, surte efeitos neste momento. Assim, a transmissão da informação não é uma comunicação mecânica e unilateral ao paciente: este deve participar do processo por meio das respostas oferecidas e pela consideração de seus valores e preferências, que também serão subsídio para avaliar as habilidades.

Tabela 01. Abordagens para avaliação do paciente e critérios relevantes para a delimitação de sua capacidade para consentir

<i>Critério</i>	<i>Tarefa do paciente</i>	<i>Abordagem de avaliação pelo médico</i>	<i>Questões para avaliação clínica</i>	<i>Comentários</i>
<i>Comunicar uma escolha</i>	<ul style="list-style-type: none"> Indicar com clareza a opção preferida de tratamento. 	<ul style="list-style-type: none"> Pedir ao paciente para indicar uma opção de tratamento. 	<ul style="list-style-type: none"> Você decidiu se vai seguir recomendação de tratamento do seu médico? Você pode me informar que decisão é essa? Por que você está tendo dificuldades em tomar uma decisão? [caso nenhuma decisão tenha sido tomada] 	<ul style="list-style-type: none"> Mudanças frequentes de escolha devidas a transtornos psiquiátricos ou neurológicos podem indicar falta de capacidade.
<i>Compreender informações relevantes</i>	<ul style="list-style-type: none"> Captar o significado principal das informações comunicadas pelo médico 	<ul style="list-style-type: none"> Estimular o paciente a repetir as informações que lhe foram reveladas sobre o seu problema de saúde e o tratamento. 	<ul style="list-style-type: none"> Diga-me com suas palavras o que o seu médico lhe disse sobre o seu problema de saúde, o tratamento recomendado, os possíveis benefícios e os riscos (ou desconfortos) do tratamento, quaisquer tratamentos alternativos e seus riscos e benefícios, bem como os riscos e benefícios da não realização de nenhum tratamento. 	<ul style="list-style-type: none"> As informações a serem compreendidas incluem a natureza da enfermidade do paciente, a natureza e o propósito do tratamento proposto, os possíveis benefícios e riscos do tratamento, e abordagens alternativas (incluindo a ausência de tratamento) e seus benefícios e riscos.
			<ul style="list-style-type: none"> O que você acredita que esteja errado com sua saúde no presente momento? 	<ul style="list-style-type: none"> Os tribunais reconheceram que pacientes que não

⁸⁹ Grisso e Appelbaum descrevem cuidadosamente alguns dos possíveis caminhos que os médicos podem seguir a partir de algumas situações que eles descrevem. Por serem informações de interesse prioritariamente dos profissionais da saúde, limita-se a fazer a indicação da consulta na obra: GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 105-126.

<p><i>Avaliar o problema de saúde e suas consequências</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reconhecer o problema de saúde e as prováveis consequências das opções de tratamento. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pedir ao paciente que descreva o problema de saúde, o tratamento proposto e os prováveis resultados. 	<ul style="list-style-type: none"> • Você acha que precisa de algum tipo de tratamento? • O que você espera que o tratamento lhe proporcione? • O que o faz acreditar que o tratamento produzirá tais efeitos? • O que você acha que acontecerá se você não se tratar? • Por que você acha que o seu médico lhe recomendou este tratamento? 	<p>percebem que estão doentes não podem tomar decisões válidas sobre tratamento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Delírios ou níveis patológicos de distorção ou negação são as causas mais comuns de competência reduzida.
<p><i>Raciocinar sobre as opções de tratamento</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Iniciar um processo racional de manipulação das in-formações relevantes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pedir ao paciente que compare as opções de tratamento e as suas consequências, e que exponha as razões que levaram à escolha de determina da opção. 	<ul style="list-style-type: none"> • Como você decidiu aceitar ou rejeitar o tratamento recomendado? • O que faz a opção escolhida melhor do que a opção alternativa? 	<ul style="list-style-type: none"> • Este critério enfoca o processo pelo qual uma decisão é obtida, não o resultado da escolha do paciente, pois os pacientes têm o direito de fazer escolhas que não são consideradas razoáveis.

Fonte: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016, p. 745-746.

Feita a entrevista, deve o avaliador realizar e analisar a classificação das habilidades decisórias a fim de que, considerando os demais fatores clínicos, situacionais e contextuais, realize um juízo acerca da capacidade para consentir do paciente. Neste ponto, destaca-se que o médico deve classificar o desempenho em cada habilidade específica.⁹⁰

Deve-se ter em conta que o julgamento sobre a capacidade para consentir e sobre a competência do paciente precisa ser feito tendo como norte a busca pelo equilíbrio entre autonomia e proteção. Também faz-se necessário conjugar isto com as informações coletadas com a entrevista e os elementos contextuais sobre os quais elas foram construídas. Segundo Thomas Grisso e Paul Appelbaum, a resposta para a questão “esse paciente tem capacidade suficiente para fazer uma escolha significativa, dadas as circunstâncias com que se depara?” depende do equilíbrio entre: (i) as habilidades do paciente diante das demandas decisórias, ponderadas em conjunto com (ii) o provável risco-benefício do tratamento escolhido pelo paciente.⁹¹ Verificada a presença da capacidade para consentir, da adequada divulgação de informação e a ausência de

⁹⁰ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 120.

⁹¹ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 138.

influências indevidas, a escolha feita concretizará uma decisão capaz de limitar ou legitimar a atuação do médico.

A depender da situação, pode ser necessário fazer um ajuste no ponto de apoio da balança que tenta equilibrar a autonomia e a proteção. Inicialmente, o interesse social desloca o ponto de apoio em favor da autonomia do paciente. Mas, quando ele afirma uma preferência por um tratamento que represente uma taxa de ganho-risco provável menos favorável do que a das demais opções disponíveis, o ponto de apoio pode ser reajustado para que se aproxime da posição central ou mesmo que favoreça a proteção. É fato, no entanto, que nem sempre este deslocamento resultará na sobreposição do interesse protetivo, levando a uma declaração de incompetência. O direito do paciente de escolher um tratamento impopular, desaconselhável e desnecessariamente "arriscado" deve ser respeitado, desde que as habilidades decisórias sobre a situação não estejam seriamente prejudicadas.⁹²

Acrescenta-se que, em casos graves, o uso de técnicas para maximizar o desempenho do paciente pode lhe gerar resultados benéficos, bem como uma aproximação da doutrina do consentimento informado. Isso porque, tendo como base o fundamento de (in)competência, os procedimentos para a obtenção do consentimento podem ser alterados a fim de minimizar as limitações do paciente e de atender às suas demandas. Isto se dá por meio da identificação das causas por trás destas limitações.⁹³

Thomas Grisso e Paul Appelbaum apontam algumas técnicas que podem ser utilizadas com este objetivo, quais sejam: (a) o aprimoramento da divulgação das informações, o que pode ajudar a melhorar a apreensão das informações; (b) a abordagem de questões psicodinâmicas, por meio de intervenções psicoterapêuticas de curto prazo a fim de tratar ansiedades subjacentes que levam a percepções errôneas sobre as informações; (c) intervenções farmacológicas, tanto no sentido da prescrição de novos medicamentos quanto no sentido de substituição daqueles que podem ser a causa das limitações; e (d) o fornecimento de suporte situacional, seja alterando o contexto social (por meio da ajuda de pessoas próximas), seja alterando o contexto clínico (como pela escolha de um lugar tranquilo para a divulgação ou pelo direcionamento do paciente a outro médico com o qual ele possua uma relação mais confortável ou de maior confiança).⁹⁴ Destaca-

⁹² GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 140.

⁹³ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 93.

⁹⁴ GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 94-98.

se que, no contexto atual de acessibilidade, pode-se incluir neste rol o uso de tecnologias assistivas que permitam ao paciente compreender melhor as informações e expressar sua escolha de maneira facilitada o que, conseqüentemente, auxilia o médico na coleta de informações de forma mais precisa.

Considerando-se, então, o atual paradigma de proteção e promoção dos direitos humanos, a garantia de direitos fundamentais, o respeito às diversidades e o conhecimento de ferramentas que sejam flexíveis e possibilitem a inclusão da pessoa nos processos decisórios relativos à sua própria vida representam um passo em direção ao exercício autônomo de direitos. Somado a isso, acredita-se ser necessário retirar o estigma que paira sobre a capacidade mental, ressignificando os padrões adotados para validar as decisões. Às pessoas com limitações cognitivas deve ser dado o direito de errar. Apenas permitindo que assumam o controle sobre suas decisões e sua vida é que elas aprenderão como decidir e, conseqüentemente, será aberto espaço para edificar sua autonomia. Isto, claro, sem perder de vista os espaços de vulnerabilidade e desproteção com os quais elas – e tantas outras pessoas “normais” – podem se deparar, o que implica a imprescindibilidade de lhes garantir mecanismos para que possam ser, na maior medida possível, autoras de sua própria história.

5. A capacidade para consentir no contexto da deficiência mental: desafios e avanços

Analisado o conteúdo da capacidade para consentir sobre intervenções médicas, bem como o método para sua avaliação, resta compreender sua importância para o contexto da deficiência mental e intelectual no Brasil. Para tanto, é crucial entender as bases sobre as quais se fundam a legislação que cuida do tema da deficiência, relacionando-a com os princípios do ordenamento e com as normas relativas à teoria das incapacidades. Desse modo, acredita-se construir uma base inicial para que se enfrentem alguns problemas apontados na busca pelo equilíbrio entre autonomia e proteção, como o de se harmonizar um sistema de representação com o objetivo de garantir a autodeterminação da pessoa.

Pessoas com deficiência, enquanto membros de grupo historicamente invisibilizado e vulnerabilizado, deparam-se cotidianamente com violações impetradas a seus direitos. Isso ocorre, em grande medida, em razão de sua especial condição, que pode decorrer de alterações de natureza física, sensorial, mental e, conforme compreensão mais recente, pode estar associada às barreiras impostas pelo ambiente (como a falta de acessibilidade)

e pela sociedade (como a discriminação, a segregação, a condição socioeconômica e cultural).

O tratamento conferido às deficiências pode ser explicado a partir da crença tida em determinados momentos ao longo da história. Em cada período o conceito de deficiência foi concebido de distintamente, mas a discriminação contra estas pessoas demonstrou-se incontestável e constante, em maior ou menor medida, de maneira evidenciada ou velada, a depender do enfoque prevaente. Também convém ressaltar que características destes períodos coexistem – em graus diversos – no presente,⁹⁵ não sendo possível traçar com precisão uma linha divisória entre eles.

A partir do início da era moderna até meados do século XX, a deficiência foi enxergada sob a égide do modelo médico-reabilitador, no qual as causas da deficiência são fundadas em bases científicas. Com base nesta compreensão, as pessoas com deficiência são vistas como portadoras de enfermidade ou anomalia, e devem ser curadas/normalizadas e reabilitadas de modo a ocultar as diferenças e a se (re)adaptarem ao entorno. Só assim seriam úteis à sociedade.⁹⁶ Neste contexto, a autonomia das pessoas com deficiência era ceifada sob pretexto de proteção à pessoa e a seus interesses.

Esta visão sobre as pessoas com deficiência como enfermas e necessariamente dependentes de proteção começou a ser alterada no Direito. Com a emergência dos Direitos Humanos após os conflitos bélicos do início do século XX, ganhou espaço a tutela conferida à pessoa concreta e às suas situações existenciais em detrimento da noção de sujeito abstrato.⁹⁷ Apesar de esta nova visão ter conferido concretude à pessoa, o fez com base em um modelo ideal de ser humano. Assim, parte da doutrina sugere que o conceito clássico de dignidade humana deve ser repensando, de forma a refletir sobre as diferenças nas capacidades individuais e suas potencialidades, uma vez que elas são relativas, graduais e abstratas.⁹⁸

A nova arquitetura proposta é chancelada no Brasil pela Constituição de 1988, cujo texto admite a autodeterminação da pessoa por meio da garantia da dignidade (art. 1º, III, CF).

⁹⁵ PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008, p. 25.

⁹⁶ PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008, p. 66 e 99.

⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, 2018, p. 84-87.

⁹⁸ Nesse sentido, Cf. ASÍS ROIG, Rafael de. Sobre la capacidad. In PALACIOS RIZZO, Agustina; BARRIFFI, Francisco. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, p.13-29, 2012.

Ao abranger múltiplas visões de mundo, a lei maior abre espaço para que a pessoa consiga concretizar seu plano de vida, posto que garantidos seus direitos fundamentais.⁹⁹

Foi neste contexto que se inseriu o modelo social¹⁰⁰ de tratamento das deficiências, cujo início data da década de 1960. Caracterizado por considerar que as causas que originam a deficiência são preponderantemente sociais, ele retira o enfoque das características pessoais e transfere para sociedade a tarefa de incluir aqueles que apresentam diversidades funcionais por intermédio do oferecimento da igualdade de oportunidades. Para tanto, as políticas públicas e as ações sociais devem ser voltadas à eliminação das barreiras do entorno e das oferecidas pela própria sociedade,¹⁰¹ como a discriminação em razão da deficiência.

Passa-se a considerar que a pessoa com deficiência não é tão somente um “corpo com lesões” que experimenta restrições de habilidades que a coloca em situação de desvantagem, mas sim “uma pessoa com lesões vivendo em um ambiente que oprime e segrega o deficiente”.¹⁰² Ela tem que ser valorizada e poder assumir o controle de sua própria vida. Deve ser vista como capaz de exercer autonomamente seus direitos em igualdade de condições com os demais, respeitada a sua individualidade.

Pautado por este paradigma inclusivo, surge a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Este tratado, ratificado pelo Brasil e promulgado por meio do Decreto Lei nº 6.949/2009 com *status* de emenda constitucional, foi responsável por causar uma verdadeira reviravolta na teoria das incapacidades, pois formalizou o entendimento de que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal, seja em sua dimensão estática (capacidade de direito) ou dinâmica (capacidade de exercício), em igualdade de condições com as demais.

Com base nestas diretrizes, foi promulgada no Brasil a Lei nº 13.146 de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em decorrência da obrigação assumida com a CDPD (art. 4.1, “b”, CDPD). O maior impacto do EPD está na alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, a qual gerou grande desconforto, especialmente no

⁹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, 2018, p. 76-77.

¹⁰⁰ Cumpre esclarecer que o que aqui se chama de “modelo social” está atrelado à concepção biopsicossocial defendida por alguns autores, haja vista existirem outros que acreditam ser as barreiras ambientais e sociais as únicas responsáveis por existir o estigma da deficiência.

¹⁰¹ PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social de discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008, p. 103-105.

¹⁰² DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde”. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 10, p. 2507-2510, 2007, p. 2508.

âmbito doutrinário e jurisprudencial, haja vista ter sido criada uma lacuna pela exclusão da deficiência, especialmente aquela capaz de reduzir o discernimento da pessoa, como hipótese de incapacitação legal. Apenas em casos extremos, nos quais a pessoa seja incapaz de expressar sua vontade, é possível considerá-la relativamente incapaz, podendo ser curatelada na esfera patrimonial (art. 85, EPD, c/c art. 4º, III, CC).

Tal modificação não foi sem razão. Para além da compreensão de que devem ser unificadas as noções de capacidade de fato e de direito, de forma que não há como limitar uma sem que a outra seja atingida, o EPD buscou se alinhar com princípios constitucionais, a exemplo do princípio da autonomia. Negar este direito pode ser visto como uma afronta não só àquele princípio, mas também à sua dignidade inerente.¹⁰³

Também faz-se necessário destacar que a restrição da representação apenas aos atos patrimoniais carrega um grande significado. Resulta do reconhecimento de que os fundamentos tradicionais usados para justificar a incapacidade relativa à prática de atos patrimoniais não podem ser os mesmos no que tange aos atos existenciais. Isso porque, a teoria da incapacidades foi construída com vistas a garantir a segurança no tráfego jurídico, o que não pode ser considerada o principal escopo dos atos existenciais. Estes buscam promover a personalidade humana.¹⁰⁴

Tomando estas premissas como base, são louváveis as modificações geradas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesta esteira, uma vez que no âmbito médico a autonomia do paciente se relaciona intimamente com o seu direito ao consentimento informado,¹⁰⁵ estes diplomas legais incorporaram a preocupação em incluir a pessoa com deficiência no processo decisório a fim de extrair sua decisão autêntica.

¹⁰³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, 2018, p. 76-77.

¹⁰⁴ COPI, Lygia Maria. A autonomia dos deficientes mentais em matéria de saúde e a capacidade para consentir: uma análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In XXV CONGRESSO DO CONPEDI. Anais CONPEDI*, Florianópolis, p. 218-233, 2016, p. 220.

¹⁰⁵ COPI, Lygia Maria. A autonomia dos deficientes mentais em matéria de saúde e a capacidade para consentir: uma análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In XXV CONGRESSO DO CONPEDI. Anais CONPEDI*, Florianópolis, p. 218-233, 2016, p. 225.

Neste sentido são as previsões dos artigos 11¹⁰⁶, 12¹⁰⁷ e 13 do EPD¹⁰⁸ e dos artigos 15¹⁰⁹ e 25 da CDPD.¹¹⁰ A partir de seus comandos, verifica-se a prioridade dada ao direito da pessoa com deficiência de fazer as escolhas relativas aos seus cuidados de saúde, garantindo sua participação no processo decisório na maior medida possível. Estas disposições corroboram com a demonstração da relevância de se discutir sobre a capacidade para consentir em território nacional.

Também atento à incongruência de aplicar à capacidade para decisões existenciais como a capacidade para consentir, os mesmos critérios usados para se determinar a capacidade para atos patrimoniais, André Gonçalo Pereira advoga pela necessidade de se estabelecer um regime jurídico e um sistema de representação diversos para estas situações.¹¹¹ Segundo o autor, não há razão em se defender que a capacidade para decidir sobre questões de saúde devam ter sua legitimidade analisada sobre os parâmetros impostos para a capacidade negocial (que atualmente se resume na verificação da expressão da vontade, conforme o art. 4º, III, do Código Civil), mas sim com base no discernimento da pessoa.¹¹²

Neste ponto é possível questionar se o discernimento não poderia ser um critério útil à verificação da capacidade negocial. Na prática parece difícil fazer a dissociação pretendida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, afinal, firmar negócios jurídicos patrimoniais também parece exigir que a pessoa compreenda as

¹⁰⁶ Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.

¹⁰⁷ Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento. [...]

¹⁰⁸ Art. 13. 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.

¹⁰⁹ Artigo 15 - Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: 1. Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.

¹¹⁰ Artigo 25 – Saúde: [...] d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência; [...].

¹¹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In MONTEIRO, Antônio Pinto (org.). *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra, v. 2, 2006, p. 4.

¹¹² COPI, Lygia Maria. A autonomia dos deficientes mentais em matéria de saúde e a capacidade para consentir: uma análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In XXV CONGRESSO DO CONPEDI. *Anais CONPEDI*, Florianópolis, p. 218-233, 2016, p. 225-226.

informações, aprecie os impactos de sua escolha por meio de um processo de raciocínio que permita alcançar uma escolha que precisa ser transmitida (tácita ou expressamente) para que o ato se torne perfeito. Mas não se pode perder de vista as explicações dadas pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (CteDPD) - responsável por fiscalizar a aplicação do tratado e emitir observações aos países a fim de contribuir com a interpretação do pacto (art. 35, CDPD) - para justificar a dita dissociação. Para o Comitê, buscou-se com a separação dos conceitos de capacidade legal e mental impedir que a deficiência continuasse sendo usada como justificativa da negação de capacidade legal, demonstrando que é preciso estabelecer critérios não discriminatórios para se negar a capacidade jurídica.¹¹³ Ainda não há um estudo e uma sistematização sobre possíveis critérios, ao menos no Brasil,¹¹⁴ mas faz-se necessário ter este alerta em mente para que não se corra o risco de continuar utilizando a deficiência como causa de incapacidade legal.

Isto posto, reafirma-se a relevância da incorporação da análise da capacidade para consentir como meio de se oferecer a oportunidade para que as pessoas com deficiência mental ou intelectual participem das decisões relativas à sua saúde e tenham-nas respeitadas, permitindo que controlem suas próprias vidas de acordo com suas vontades e preferências, conforme determinam a CDPD e o EPD. Para tanto, será necessário o esforço e comprometimento tanto de juristas como de profissionais da saúde para que seja possível concretizar este ideal.

Neste ponto, é preciso fazer alguns alertas. A compreensão adequada da capacidade para consentir, bem como de seu instrumento de avaliação, é fundamental para que se abra espaço para este caminho pouco explorado no âmbito jurídico nacional, pois: (i) a doutrina que se debruça sobre o tema de forma mais aprofundada tem origem canadense e estadunidense, que possuem um sistema jurídico distinto do brasileiro; (ii) muitos dos conceitos construídos e das ferramentas propostas têm raízes fixadas em outros campos (medicina e psicologia), dificultando sua compreensão e adaptação ao âmbito jurídico; e (iii) a eclosão relativamente recente das discussões mais acaloradas sobre o tema das

¹¹³ NACIONES UNIDAS. Comitê sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general n° 1: igual reconocimiento como persona ante la ley*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014, p.4. Disponível em: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

¹¹⁴ Em breve pesquisa realizada, verificou-se que em Portugal existe um trabalho que busca delinear um método para a avaliação da capacidade “financeira” e testamentária de pessoas com déficits cognitivos, indicando o discernimento como um critério relevante a ser considerado, oferecendo critérios aplicáveis a qualquer pessoa que apresente declínios cognitivos, independentemente da existência de uma deficiência prévia. Cf. SOUSA, Liliana Baptista. *Abordagem funcional na determinação da capacidade financeira e testamentária: linhas orientadoras e desenvolvimento de instrumentos de avaliação*. 2014. 432 p. Tese (Doutoramento em Psicologia Forense) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 182.

deficiências faz com que propostas que prometem causar grande reviravolta em um instituto secular, como o da teoria das incapacidades no Brasil, tenham dificuldade de serem aceitas e, conseqüentemente, implementadas.

Somado a isto, os alertas feitos por Paul Appelbaum e seus colaboradores acerca das limitações relativas à implementação da doutrina do consentimento informado merecem certos destaques. Algumas delas são: a) o consentimento informado, apesar de melhorar a comunicação e a relação médico-paciente, não cria oportunidades para a tomada de decisões autônomas quando esta possibilidade não se apresenta; b) o consentimento informado pode não funcionar da mesma maneira em culturas diferentes da que o desenvolveu.¹¹⁵

Ilustrativamente, os autores apontam que a cultura da América Latina tem forte relação com os valores familiares, dificultando que seja implementado o foco individualista do consentimento informado. Segundo eles isto pode implicar a obtenção de resultados insatisfatórios ou contraproducentes, mesmo havendo esforço em sua aplicação. Além disso, acreditam ser difícil atingir a participação completa no processo decisório, mesmo que ela seja encorajada. Entretanto, os próprios autores admitem que a existência destas limitações não é suficiente para afastar o valor desta doutrina.¹¹⁶ Contudo, defende-se no presente trabalho ser necessário enfrentar eventuais resistências à implementação desta doutrina, visto que, no âmbito médico, este é o principal meio de se garantir a autonomia e assegurar o respeito pelas vontades do paciente.¹¹⁷

Já no que diz respeito à impossibilidade de se tomar decisões autônomas, admite-se que não é possível haver a prática do consentimento informado. Porém, acredita-se que as próprias diretrizes extraídas da CDPD e do EPD, como o respeito pelas vontades e preferências da pessoa, conseguem nortear uma atuação de modo a resguardá-las e, quando não for possível mapeá-las, conseguem assegurar o respeito pelo melhor interesse do paciente. Ressalta-se, entretanto, a urgência em se estabelecerem salvaguardas para que sejam evitados abusos.

A fim de corroborar com tais afirmações, é relevante demonstrar os resultados alcançados com a implementação do MacCAT-T. Eles são fruto de pesquisas realizadas

¹¹⁵ APPELBAUM, Paul et al. *Informed consent*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 307.

¹¹⁶ APPELBAUM, Paul et al. *Informed consent*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 311 e 317.

¹¹⁷ COPI, Lygia Maria. A autonomia dos deficientes mentais em matéria de saúde e a capacidade para consentir: uma análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In XXV CONGRESSO DO CONPEDI. *Anais CONPEDI*, Florianópolis, p. 218-233, 2016, p. 225.

no ambiente clínico estadunidense, o que torna difícil garantir que os mesmos resultados seriam obtidos no contexto brasileiro, mesmo porque não existem pesquisas semelhantes em território nacional. Contudo, tais resultados são um importante indicativo da efetividade e confiabilidade do método.

Paul Appelbaum constatou, em seus vários estudos empíricos, que a maioria das pessoas com deficiência mental guardava as habilidades necessárias para consentir. Resultados semelhantes foram encontrados em outras pesquisas, conforme apresenta Gustavo Ribeiro. De 112 pacientes internados para tratamento psiquiátrico, a aplicação do MacCAT-T feita por Ruth Cairns e seus colaboradores registrou 49 pacientes incapazes para consentir. Barton Palmer e outros, em comparação entre grupos de pacientes com esquizofrenia e de pessoas saudáveis, assinalaram que, apesar de os pacientes com esquizofrenia terem apresentado uma dificuldade na compreensão das informações, suas habilidades relacionadas ao raciocínio e à comunicação da decisão foram semelhantes às do outro grupo. Além disso, obtiveram um desempenho satisfatório na habilidade de apreciação. Por fim, David Okai e seus colaboradores, ao revisar estudos empíricos sobre a avaliação da capacidade para consentir de pacientes com deficiência mental, indicaram que a maioria dos pacientes psiquiátricos demonstra ter habilidades suficientes para a tomada de decisões sobre cuidados de saúde, sendo que apenas 29% dos pacientes tiveram constatada sua incompetência.¹¹⁸

Porém, é preciso admitir que as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não trouxeram consigo um regime de transição, impondo mudanças bruscas que romperam com o paradigma vigente até então. Com isso, alguns problemas foram criados. Ilustrativamente, as modificações pareceram desconsiderar os casos em que o sujeito não consegue expressar suas vontades e não deixou indicativos acerca dela, mas precisa que sejam tomadas decisões de natureza existencial, como no caso de intervenções médicas. Também, as deficiências severas presentes desde o nascimento parecem exigir que sejam tomadas decisões em nome do melhor interesse da pessoa, não bastando o respeito por sua vontade e suas preferências, visto que estas podem jamais terem sido expressadas.¹¹⁹ Assim, o mero suporte para a tomada de decisões e o apoio para o exercício dos atos da vida civil parecem insuficientes para garantir, em todos os

¹¹⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016, p. 746-748.

¹¹⁹ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 113-114.

casos, a igualdade material almejada pelos referidos diplomas legais.¹²⁰ Faz-se necessário, então, buscar meios para que tais lacunas sejam supridas, a fim de evitar que estas pessoas fiquem desprotegidas.

A referida mudança no valor concedido ao discernimento dentro do novo paradigma pode ser atribuída, em alguma medida, à distinção entre capacidade legal e capacidade mental. Apesar de a CDPD e o EPD não fazerem qualquer menção expressa à capacidade mental, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na Observação Geral nº 1 (2014), deixa clara a diferença conceitual para fins de interpretação do pacto. A capacidade legal seria aquela que envolve a aptidão (concedida a todas as pessoas) para ser titular de direitos e obrigações e de exercê-los pelo simples fato de ser humano. Já a capacidade mental diz respeito à aptidão para a tomada de decisões e é apresentada como um fenômeno objetivo, científico e natural, mas que, na verdade, é dependente dos contextos sociais e políticos.¹²¹ Tal compreensão resulta da visão biopsicossocial, positivada no art. 2º, §1º, do EPD.¹²²

De acordo com o referido Comitê, a incorreção do discernimento enquanto critério tradicional utilizado reside no fato de que: (i) se aplica de forma discriminatória à pessoa com deficiência e (ii) pressupõe que seja possível realizar uma avaliação exata do funcionamento da mente humana. Esta posição decorre da compreensão de que a junção dos conceitos de capacidade legal e capacidade mental permite que a dificuldade ou impossibilidade de se tomar decisões resulte em uma justificativa para se retirar a capacidade legal. Ainda segundo o Comitê, esta consequência é gerada (i) por um mero diagnóstico de uma deficiência (critério baseado na condição), (ii) pela adoção de uma decisão capaz de ter consequências negativas (critério baseado nos resultados), e (iii)

¹²⁰ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 218.

¹²¹ NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general n.º 1: igual reconocimiento como persona ante la ley*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014, p.4. Disponível em: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> Esta noção se aproxima do conceito usualmente atribuído ao discernimento, qual seja, um estado mental cognitivo que permite avaliar as consequências dos atos, ter consciência da responsabilidade deles advinda e, conseqüentemente, tomar uma decisão. Neste sentido, cf. MENDONÇA, Bruna Lima de Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição da curatela. In BARBOZA, Heloisa Helena et al (coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p.40.

¹²² Prevê o dispositivo que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e considerará os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação.

pela constatação da limitação da aptidão para a tomada de decisões a partir da avaliação da capacidade mental (critério funcional).¹²³

Faz-se então necessário entender melhor cada um destes critérios que, para Francisco Bariffi, estão presentes respectivamente no seguintes modelos de atribuição de incapacidade: (i) modelo de atribuição por *status*; (ii) modelo consequencialista; e (iii) modelo funcional.

O primeiro deles presume a incapacidade diante da existência de uma deficiência, permitindo sua interdição. Este modelo de atribuição por *status* comporta dois submodelos: o de atribuição direta e o de atribuição indireta. A atribuição direta decorre de previsão legal e de uma sentença judicial que se limita a validar o diagnóstico médico. Já a atribuição indireta, correspondente ao modelo consequencialista, diferencia-se da anterior por exigir um elemento a mais: a impossibilidade de autodeterminação em decorrência de uma deficiência. Estes modelos são sob todos os ângulos, contrários à CDPD.¹²⁴

O modelo funcional, por sua vez, apesar de ter em sua base os mesmos elementos considerados no modelo de atribuição indireta, alcança um resultado diferente: a determinação da incapacidade se dará apenas sobre determinada função ou situação específica. A análise destas funções, então, é feita a partir de critérios objetivos e concretos considerados frente a cada caso. Este é, portanto, o modelo no qual se insere a avaliação da capacidade para consentir sobre tratamentos médicos. Porém, o autor alerta para o fato de que este modelo não é capaz de evitar que a capacidade legal da pessoa seja limitada, mas ocorrerá apenas de forma específica, excepcional e personalizada.¹²⁵

Conforme foi possível perceber ao longo do trabalho, neste modelo: existe a presunção da capacidade; permite-se que a pessoa tome uma decisão que tenha possíveis efeitos negativos; leva-se em conta a demanda da pessoa e o grau de dificuldade da decisão a ser tomada; justifica-se a incapacidade apenas sobre determinado assunto; não é possível

¹²³ NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general n° 1*: igual reconocimiento como persona ante la ley. Nueva York: Naciones Unidas, 2014, p.4. Disponível em: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

¹²⁴ BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado. In BARIFFI, Francisco José; PALACIOS RIZZO, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires: Ediar, p. 219-331, 2012, p. 296-298 e 304.

¹²⁵ BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado. In BARIFFI, Francisco José; PALACIOS RIZZO, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires: Ediar, p. 219-331, 2012, p. 309 e 313.

justificar a incapacidade apenas com base em elementos como a idade, a deficiência e o comportamento incomum ou aparentemente irracional; permite-se uma avaliação concreta, casuística e personalizada; e busca-se incluir a pessoa no processo de decisão. Contudo, ainda admite a substituição na tomada de decisões, mas determina que o representante faça as escolhas levando em consideração os interesses e preferências da pessoa ou mesmo seu melhor interesse quando não for possível mapeá-los.

Resta agora investigar se este modelo funcional se harmoniza, da forma como foi desenhado, com o atual paradigma estabelecido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de modo que se permita a coexistência entre o modelo de apoios e o modelo substitutivo.

A partir de uma leitura mais literal da CDPD, tem-se que a ausência/diminuição do discernimento e, conseqüentemente, da capacidade mental, não mais é suficiente para a incapacitação civil, ao menos da forma como anteriormente ocorria. Também é possível depreender que não há proibição expressa à substituição, embora o Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência rejeite a ideia nas suas diversas Observações.¹²⁶ Nesse tocante, é importante destacar que, embora este órgão possua inegavelmente uma importância (ao emitir diretrizes para interpretação e aplicação do pacto e para fiscalizar sua implementação pelos países signatários), suas Observações não possuem força vinculante.¹²⁷

Algumas observações devem ser feitas a este respeito. Francisco Bariffi, ao analisar a possibilidade de existência de representação no marco do sistema de apoios, apresenta três modelos construídos com base na ideia de que a pessoa tem o direito de tomar suas próprias decisões, quais sejam: a) ações de representação no marco de um modelo de apoio; b) representação voluntária no marco de um modelo de apoios; e c) representação excepcional fora do modelo de apoios.

O primeiro, que é adotado pela maioria dos autores, entende ser possível a existência de “ações de representação” dentro do modelo de apoios. Estas ações são vistas como

¹²⁶ Ilustrativamente cita-se: a Observação Geral nº 1, as Observações Finais aos Relatórios Iniciais enviados por Brasil, Argentina, Itália, Portugal, Austrália, Emirados Árabes. Todas as Observações podem ser consultadas por meio do endereço: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp

¹²⁷ GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontades. In PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e direito privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 11-40, 2019, p. 40.

medidas de apoio intensas ou mesmo como uma espécie de apoio obrigatório, funcionando como uma verdadeira representação legal. Devem estar previstas legalmente e ser ordenadas judicialmente, sempre de forma excepcional e específica. A principal crítica feita a esta vertente reside na crença de que permitir a representação nestes moldes, mesmo que de forma excepcional, traz consigo o risco de que se converta em regra e passe a ser aplicada de forma discriminatória.¹²⁸

Os partidários do segundo modelo acreditam ser permitido incluir, também dentro do modelo de apoios, um acordo de representação segundo o qual, prevendo uma situação de incapacidade futura, a pessoa pode estabelecer quem, quando e como deverá proceder a sua representação sobre questões patrimoniais e/ou existenciais caso tal situação se concretize. Porém, estes instrumentos podem gerar a marginalização das pessoas com deficiência, uma vez que são moldados para atender a pessoas que estejam em um momento de plena capacidade jurídica. Além disso, carrega consigo o risco de que as pessoas com deficiência sejam manipuladas ou induzidas a subscrever tais acordos, recaindo em um sistema de representação semelhante ao que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pretende afastar.¹²⁹

Por fim, o modelo de representação excepcional fora do modelo de apoios (ao qual o autor se alinha) parte do pressuposto de que há absoluta incompatibilidade entre o modelo de apoios e qualquer espécie de representação legal, ainda que esta possua caráter específico e excepcional. Isso porque representação não pode ser entendida e muito menos descrita como um apoio mais severo, simplesmente porque não se trata de uma medida de apoio.¹³⁰ Assim, seria possível falar em substituição de vontades paralela ao sistema de apoio, pois é preciso admitir que existem casos em que o comprometimento do discernimento não permite que se exercite a capacidade apenas com base em tais medidas.¹³¹

Ainda segundo o autor, a CDPD proíbe a limitação da capacidade legal, mas não proíbe que o Estado implemente um sistema ou procedimento para declarar a incompetência

¹²⁸ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 379-380.

¹²⁹ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 381-382.

¹³⁰ GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontades. In PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 11-40, 2019, p. 34-35.

¹³¹ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 383.

da pessoa, qualquer que seja sua condição, “sempre e quando se tenha por base um critério que reúna os seguintes elementos: a) legitimidade; b) proporcionalidade; e c) não discriminação”.¹³² O autor estabelece estes critérios com base na jurisprudência internacional, esclarecendo que a legitimidade está presente diante da necessidade de se resguardar a pessoa (vida, saúde, integridade) ou seu patrimônio. No entanto, admite que, apesar desta finalidade ser legítima, não é suficiente para eliminar o dilema ético sobre se o Estado pode declarar uma pessoa incapaz assumindo uma postura paternalista ao considerar que o exercício da autonomia pode resultar em um dano grave e irreparável (para a própria pessoa ou para a sociedade). No que tange à proporcionalidade, deve-se requerer que a medida que gere a restrição de algum direito humano não extrapole os efeitos necessários para assegurar o fim que se pretende.¹³³

Finalmente, o critério da não discriminação exige que a limitação à capacidade legal se dê com base em um elemento objetivo aplicável a qualquer pessoa, ou seja, que não se dê em razão da existência de uma deficiência. Assim, não basta a utilização de um critério neutro que, mesmo não mencionando a deficiência, na prática seja aplicado de forma discriminatória.¹³⁴ Isto afrontaria diretamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como o artigo 3, “b”.

Ainda na tentativa de aproximar esta proposta dos ditames da CDPD, o autor afirma que as medidas de substituição de vontades devem ser aplicadas no tempo mais curto possível, passar por revisões periódicas e ter garantidas salvaguardas a fim de evitar, principalmente, abusos e a discriminação por motivo de deficiência.¹³⁵

Esta proposta parece ser a que melhor coaduna com os propósitos da CDPD e, conseqüentemente, do EPD. Como tratado de direitos humanos, a igualdade que inspirou o pacto está intimamente relacionada à materialidade, e não à formalidade. Assim, muito mais do que a garantia de direitos idênticos, para que esta igualdade seja efetivada, é preciso ter em conta o contexto fático e as demandas da pessoa, de modo a assegurar que sejam conferidas oportunidades capazes de fazer com que alcancem a igualdade de fato.¹³⁶

¹³² BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 383.

¹³³ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 383-384.

¹³⁴ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 384.

¹³⁵ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015, p. 383 e 385.

¹³⁶ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 158-159.

Porém, importa fazer uma ressalva: ante a natureza diversa dos atos existenciais, parece haver incongruência em se aplicar um regime com a mesma finalidade pensada para atos de natureza patrimonial, qual seja, a de representar a pessoa no exercício do direito. Não só porque se tratam de atos qualitativamente diversos, mas também porque não é possível, em termos jurídicos, substituir a pessoa na prática de atos personalíssimos. Ilustrativamente, o exercício da liberdade de expressão é atividade que, por sua própria natureza, não comporta a prática por um terceiro. Do mesmo modo é a tomada de decisões sobre cuidados de saúde e sobre os demais assuntos da esfera existencial.

Tem-se compreensão segundo a qual a autonomia é construída de forma relacional, ou seja, precisa da interação com o outro e com o meio para que seja praticada. Há quem defenda, inclusive, que a plena autonomia não pode ser realizada com base nesta justificativa, pois “um mundo livre de qualquer forma de poder é mera utopia”.¹³⁷ Porém, no que tange aos direitos existenciais, quando há impossibilidade de sua prática pessoal, fazendo-se necessária a atuação de um terceiro de modo a evitar prejuízo à condição de saúde da pessoa, por exemplo, este terceiro não estará exercendo este direito, mas sim um dever próprio, qual seja, o dever de cuidado imposto pelo ordenamento.¹³⁸ O que o terceiro faz no caso do consentimento é dar uma autorização, e não um consentimento propriamente dito. Então, para que sejam atendidos os ditames do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que não sem razão desconsiderou a substituição para a prática de atos existenciais, tais ressalvas merecem atenção.

Por exemplo, vislumbrar a questão desta forma traz implicações no que concerne aos efeitos gerados. Ao considerar as pessoas com deficiência como plenamente capazes, excetuadas as hipóteses de impossibilidade de expressão de vontade que podem levar à limitação da capacidade negocial, a elas também foi atribuída a responsabilidade por seus atos. Contudo, sabe-se que, em casos extremos, responsabilizar estas pessoas parece impor-lhes um ônus desproporcional à sua condição. Mas, nestas hipóteses em que será necessária a atuação de um terceiro para que a pessoa não seja deixada em um espaço de desproteção, considerar que ele estará exercendo um dever jurídico implica na transferência da responsabilidade para sua esfera pessoal, o que pode, inclusive, compelir este terceiro a atuar conforme os ditames da CDPD e do EPD, já que se não o fizer, poderá ser responsabilizado. A diferença em relação à responsabilidade atribuída

¹³⁷ LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 150-151.

¹³⁸ Ilustrativamente, cita-se o dever recíproco de cuidado entre pais e filhos imposto pela Constituição em seu art. 229.

ao curador em casos de representação é que a responsabilidade decorrente da quebra de dever jurídico é objetiva, não havendo a necessidade de comprovar a culpa do terceiro que tenha gerado o dano.

Assim, acredita-se ser necessário fazer uma releitura da proposta de Francisco Bariffi: ao lado do sistema de apoios, deve ser reconhecida, de maneira excepcional, a necessidade da atuação de um terceiro, desde que se mostre proporcional, legítima e não discriminatória. Contudo, esta ação não deve ser vista juridicamente como uma representação legal, mas sim como o exercício de um dever próprio de cuidado, mantendo-se intacta a capacidade legal da pessoa que se encontra impossibilitada de exercer um direito existencial. São respeitadas, desse modo, as disposições do ordenamento pátrio, não incentivando-se a existência de sistemas *contra legem* e incongruente.

Síntese conclusiva

A doutrina do consentimento informado coloca como um de seus pilares a autonomia para a tomada de decisões. Este princípio deverá ser o norte da relação entre o médico e seu paciente. Todavia, em razão do interesse social de proteger pessoas vulneráveis, determinadas situações demandam a análise de algumas habilidades específicas, podendo culminar na constatação da incapacidade para tomada de decisões. O assunto se torna mais delicado quando transportado para o contexto da deficiência mental ou intelectual.

Antes, o mero diagnóstico declarando a existência de uma deficiência já era suficiente para negar o exercício de direitos a pessoas que recebessem este resultado. Porém, o atual paradigma do consentimento informado e de abordagem das deficiências, não admite mais tratativa semelhante.

Isto posto, o presente trabalho intentou demonstrar que, no contexto biopsicossocial em que se aborda a questão da deficiência, a avaliação da capacidade para consentir constitui um importante instrumento apto a permitir que pessoas com deficiência mental ou intelectual tenham a oportunidade de exercer direitos personalíssimos, como o de tomada de decisões sobre intervenções médicas, em igualdade de condições com os demais.

Defendeu-se que, mesmo em casos em que haja o comprometimento severo das habilidades psíquicas, os instrumentos de avaliação fornecem subsídio confiável para o julgamento de eventual incompetência. Em tais hipóteses, para que não sejam feridas as diretrizes e os propósitos da CDPD, a medida adotada deve obedecer aos critérios de legitimidade, proporcionalidade e não-discriminação, garantidas as salvaguardas necessárias para se evitem abusos e a discriminação baseada na deficiência.

Além disso, foi possível verificar que o modelo funcional sobre o qual a avaliação da capacidade para consentir se funda não é totalmente incompatível com o modelo biopsicossocial de deficiência, uma vez que ambos consideram a importância das barreiras situacionais, ambientais, sociais e biológicas conjuntamente. Acredita-se ser necessária a coexistência de ambos para que seja possível superar alguns problemas práticos e alcançar a igualdade material almejada pela CDPD e pelo EPD. Contudo, o modelo funcional deve ser lido, no que for compatível, pelas óticas do modelo biopsicossocial, a fim de que se alinhe aos seus princípios.

Além disso, é preciso considerar a incongruência em se estabelecer mecanismos de representação no âmbito do exercício de direitos existenciais. Isso porque o modelo substitutivo de vontades foi desenhado para garantir a segurança no tráfego das relações jurídicas negociais. Atos existenciais, por sua natureza, almejam o desenvolvimento da personalidade. Mas, como forma de não se desproteger pessoas vulneráveis, como as pessoas com deficiências cognitivas, o ordenamento impõe o dever de cuidado a alguns sujeitos. É crucial, portanto, ter em mente este fato de modo a não incentivar a existência de sistemas *contra legem* e incompatíveis por sua natureza.

Admite-se, por fim, que ainda há um longo caminho a ser percorrido até a aceitação e implementação de tais métodos pois, como mencionado, a mudança de paradigmas e institutos cristalizados não se realiza de forma abrupta e linear. Entretanto, defender sua utilização parece ser um caminho que leva a algumas respostas aos obstáculos impostos ao direito de se escrever a própria história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPELBAUM, Paul. *Informed consent*. New York: Oxford University Press, 2001.

ASÍS ROIG, Rafael de. Sobre la capacidad. In PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, p. 13-29, 2012.

BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del derecho comparado. In BARIFFI, Francisco José; PALACIOS RIZZO, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, p. 219-331, 2012.

BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015.

COPI, Lygia Maria. A autonomia dos deficientes mentais em matéria de saúde e a capacidade para consentir: uma análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In XXV CONGRESSO DO CONPEDI. *Anais CONPEDI*, Florianópolis, p. 218-233, 2016.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde”. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 10, p. 2507-2510, 2007.

GRISSE, Thomas; APPELBAUM, Paul. *Assessing competence to consent to treatment*. New York: Oxford University Press, 1998.

GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontades. In PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). *Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 11-40, 2019.

KIM, Scott. *Evaluation of capacity to consent to treatment and research*. New York: Oxford University Press, 2010.

LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LÓPEZ MIQUEL, Jordi; AGUSTÍ MARTÍ, Gabriel. Mini-Examen Cognoscitivo (MEC). *Revista Española de Medicina Legal*, Madrid, v. 37, n. 3, p. 122-127, 2011.

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

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación general n° 1: igual reconocimiento como persona ante la ley*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

PALACIOS RIZZO, Agustina. *El modelo social*. Madrid: Cinca, 2008.

PAPAGEORGIU, Sokratis; VOSKOU, Panagiota; ECONOMOU, Alexandra; BERATIS, Ion; DOUZENIS, Athanasios. Testamentary Capacity Assessment Tool (TCAT): a brief instrument for patients with dementia. *Journal of Alzheimer's Disease*, United States, v. 61, n. 3, p. 3-12, 2018.

PELIN, Michael. *Competence in the Law*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In MONTEIRO, António Pinto (org.). *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra, v. 2, 2006.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, p. 733-762, 2016.

ROMAÑACH CABRERO, Javier. Derechos humanos y bioética: capacidad jurídica, consentimiento y consentimiento informado. In BARIFFI, Francisco José; PALACIOS RIZZO, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, p. 601-624, 2012.

SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, España, v. 28, n. 102, p. 325-348, 2008.

SOUSA, Liliana Baptista. *Abordagem funcional na determinação da capacidade financeira e testamentária: linhas orientadoras e desenvolvimento de instrumentos de avaliação*. 2014. 432 p. Tese (Doutoramento em Psicologia Forense) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

STURMAN, Edward. The capacity to consent to treatment and research: A review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*, Ontario, v. 25, p. 954-974, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, 2018.

ZAPF, Patricia; SKEEM, Jennifer; GOLDING, Stephen. Factor Structure and Validity of the MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication. *Psychological Assessment*, United States, v. 17, n. 4, p. 433-445, 2005.

English a revista sumários editorial doutrina
pareceres jurisprud resenhas vídeos OJS

normas de publicação (orientação aos autores)

Submission Requirements (Orientations for Authors)

Normas atualizadas em dezembro de 2015

Os artigos, ensaios, comentários e resenhas submetidos para publicação na [||civilistica.com](http://civilistica.com) devem ser enviados para o e-mail civilistica@gmail.com.

Os artigos, ensaios, comentários e resenhas submetidos para publicação na [||civilistica.com](http://civilistica.com) podem ser escritos em idioma estrangeiro (línguas latinas ocidentais e Inglês). Os trabalhos em língua estrangeira podem manter as normas editoriais originais, correspondentes aos costumes locais.

Uma segunda cópia do artigo, intitulada “blind”, é bem-vinda, especialmente nos casos de trabalhos acadêmicos que constituam a continuação de pesquisas anteriores do(s) autor(es), evitando-se a presença de referências que o(s) identifique(m).

Ressalvadas hipóteses excepcionais de publicação a convite, a titulação mínima do autor principal dos artigos a serem submetidos para avaliação será de mestre.

Todas as normas de publicação, a seguir indicadas, são obrigatórias e nenhum texto será avaliado sem que tenham sido previamente cumpridas.

Os trabalhos no vernáculo devem obedecer às seguintes diretrizes:

1. Formatação da página: papel A4; margens superior e inferior: 2,5 cm; margens esquerda e direita: 3,0 cm.
2. Formatação do parágrafo: alinhamento: justificado; espaçamento entre linhas: 1,5 cm; espaçamento antes e depois do parágrafo: 0,0 cm. Formatação de eventual citação no corpo do texto: espaçamento entre linhas: 1,15 cm, com afastamento à esquerda de 3 cm, somente.
3. A primeira linha de cada parágrafo não deve ser recuada, mas permanecer alinhada à margem da página como o restante do parágrafo.

4. O espaçamento entre parágrafos deve ser feito pulando-se uma linha entre eles.
5. Formatação do título do trabalho: *Verdana*, tamanho 12, negrito, centralizado.
6. Formatação do corpo do texto e das notas de rodapé: *Georgia*, tamanho 11 e tamanho 9, respectivamente; destaques devem ser feitos somente em itálico.
7. Formatação dos subtítulos: *Georgia*, tamanho 11, negrito, alinhado à esquerda; cada item deve ser numerado com algarismos arábicos.
8. As páginas devem ser numeradas no cabeçalho, à direita.
9. Os trabalhos deverão ser precedidos de uma folha de rosto contendo:
 - i) nome completo; principais titulações do autor; Instituição de Ensino Superior a que o autor seja vinculado; unidade da respectiva instituição; departamento
 - ii) título do artigo no idioma original e em Inglês;
 - iii) resumo de no mínimo três linhas, na língua original do artigo e em Inglês;
 - iv) três a cinco palavras-chave, no idioma original do artigo e em Inglês.
 - v) sumário com todos os títulos de todos os itens do artigo, no idioma original e em Inglês.

Não serão aceitos trabalhos sem a adequada indicação de título, resumo, palavras-chave e sumário em dois idiomas.

10. As citações devem ser feitas por meio de nota de rodapé, numeradas ao longo do texto, e seguirão as normas de formatação da ABNT. Em cada citação se observará a seguinte ordem: Sobrenome-Vírgula – Prenome(s) do autor – Ponto – *Título do livro em itálico*, somente a primeira letra em maiúscula – Ponto – Cidade – Dois pontos – Editora – Vírgula – Ano – Vírgula – Página – Ponto.
11. A partir da segunda citação da mesma obra, pode-se grafar apenas o nome do autor, ponto, título reduzido em itálico, vírgula, cit., vírgula, e página. 12. Para fontes eletrônicas, os trabalhos devem seguir as seguintes diretrizes:
 - i) em se tratando de documento eletrônico, indicar a página da citação, se houver;
 - ii) não é necessário fornecer o URL completo, sendo suficiente a indicação do domínio.
 - iii) informar a data de acesso do material.

13. Citações jurisprudenciais devem, ao menos, conter: tribunal, órgão julgador, natureza e número do processo, relator e data do julgamento, nesta ordem. Exemplificativamente: STJ, Xª T., REsp xxx.xxx, Rel. Min. Axxxx Bxxxx, j. em xx.xx.xxxx; TJRS, Xª C.C., Ap. Cív. xxxxxx.x, Rel. Des. Cxxxx Dxxxx, j. em xx.xx.xxxx (ou, alternativamente, publ. em xx.xx.xxxx).
14. Os arquivos devem ser gravados em formato .DOC ou .DOCX. **Não serão aceitos trabalhos em pdf.**
15. Ressalvadas hipóteses excepcionais de publicação a convite, os artigos submetidos para avaliação devem ser **inéditos, tanto em meio impresso quanto digital e tanto em português quanto em outros idiomas**, sob pena de não publicação.
16. A cessão para publicação será gratuita. Não se exigem taxas de processamento de artigo (APCs) ou de submissão.
17. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Executivo da revista e de pareceristas por ele escolhidos, em sistema de **dupla revisão cega por pares**. Sugestões de cunho científico poderão ser feitas pelos pareceristas, e, se acolhidas pelo autor, ensejarão nova análise.
18. Os trabalhos em língua estrangeira devem manter as normas editoriais originais, correspondentes aos costumes locais.

Verifique também nossa política editorial clicando aqui.



Esta publicação está licenciada com uma Licença [Creative Commons - Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

© 2012 || Civilistica.com || webdesign by pedro gentil