

Análise da capacidade jurídica dos pacientes idosos no Brasil a partir do referencial dos Direitos Humanos

Analysis of the legal capacity of elderly patients in Brazil from the Human Rights perspective

Análisis de la capacidad legal de los pacientes mayores en Brasil desde el marco de los Derechos Humanos

Denise G.A.M. Paranhos¹

Resumo

Objetivo: o artigo visa discutir a capacidade jurídica dos pacientes idosos a partir do referencial dos Direitos Humanos, de modo a fomentar o debate acerca da inadequação da legislação brasileira para aferir a capacidade decisional e a consequente mitigação da autonomia. **Metodologia:** estudo teórico-documental baseado na pesquisa de Albuquerque sobre capacidade jurídica e Direitos Humanos e, internacionalmente, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. No campo nacional, abordou-se a regulamentação dos Códigos Civil e de Processo Civil sobre interdição e curatela. **Resultados:** constatou-se que o método de aferição da capacidade jurídica no Brasil está dissociado do novo paradigma internacional, pois a avaliação ocorre por meio de perícia médica que busca aferir deficiências mentais, e não a habilidade para a tomada de decisões específicas. **Conclusão:** o paciente idoso pode ser protagonista ativo de sua terapêutica, desde que tenha a sua autonomia promovida mediante a utilização dos suportes adequados de tomada de decisão, que carecem de ser incorporados no país.

Palavras-chave

Paciente idoso. Capacidade jurídica. Capacidade mental. Autonomia. Direitos Humanos.

Abstract

Objective: the article discusses the legal capacity of elderly patients from the human rights perspective and debate about the inadequacy of Brazilian legislation to assess the decision-making capacity and therefore leading to the mitigation of autonomy. **Methods:** the theoretical and documentary study conducted was based on Albuquerque's research on legal capacity and human rights; on the principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Inter-American Convention on the Protection of the Human Rights of Older Persons; and the Brazilian regulation of the Civil and Civil Procedure Codes on guardianship. **Results:** the method for assessing the legal capacity in Brazil is dissociated from the international paradigm, because the assessment is based on the measurement of mental deficiencies or disorders, and not the ability to make specific decisions. **Conclusion:** elderly patients can be active protagonists of their therapy if their autonomy is promoted through the appropriate decision-making support to still be applied in Brazil.

Keywords

Elderly patient. Legal capacity. Mental ability. Autonomy. Human Rights.

¹ Doutora em Bioética, Universidade de Brasília, Cátedra Unesco de Bioética, Brasília, DF, Brasil; membro do Observatório Direitos dos Pacientes, Cátedra Unesco/PPGBioética, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; analista judiciário Seção Judiciária de Goiás, Justiça Federal, Goiânia, GO, Brasil. <https://orcid.org/0000-0003-4956-2314>. E-mail: paranhos.denise@uol.com.br

Resumen

Objetivo: el artículo tiene como objetivo discutir la capacidad legal del paciente anciano desde el marco de los derechos humanos, con el fin de fomentar el debate sobre la insuficiencia de la legislación brasileña, los mecanismos equivocados para evaluar la capacidad de toma de decisiones y la consiguiente mitigación de la autonomía. **Metodología:** el estudio teórico y documental aquí realizado se basó en la investigación de Albuquerque sobre capacidad jurídica y derechos humanos y, internacionalmente, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. En el ámbito nacional, se abordó la regulación de los Códigos de Procedimiento Civil y Civil sobre interdicción y tutela. **Resultados:** se descubrió que el método para medir la capacidad legal en Brasil está dissociado del nuevo paradigma internacional, porque la evaluación se lleva a cabo a través de la experiencia médica que busca medir discapacidades o trastornos mentales, y no la capacidad de tomar decisiones específicas. **Conclusión:** los pacientes de edad avanzada pueden ser protagonistas activos de su terapia, siempre que se promueva su autonomía, mediante el uso de los apoyos adecuados para la toma de decisiones, que que deben incorporarse en el país.

Palabras clave

Paciente anciano. Capacidad legal. Habilidad mental. Autonomía. Derechos Humanos.

Introdução

Preconiza-se, em nosso ordenamento jurídico, que a capacidade é a regra. Entretanto, em relação à pessoa idosa, existe uma crença cultural arraigada de que o envelhecimento é uma causa necessária de declínio das capacidades cognitivas e consequente comprometimento da habilidade decisional (1). Há preconceitos diversos em razão da idade. O processo de estigmatização e etiquetamento da pessoa idosa é pernicioso e resulta na mitigação da autonomia em vários âmbitos da vida, inclusive no que diz respeito às tomadas de decisão em saúde (1). Apesar da idade, da fragilidade física e do eventual comprometimento cognitivo, as pessoas idosas podem ser administradoras competentes de suas vidas e do seu processo terapêutico, desde que devidamente capacitadas para tal fim (2).

Várias normativas internacionais e nacionais sustentam a necessidade de respeito à autonomia das pessoas idosas para tomarem decisões sobre a sua vida. Destaca-se, no Brasil, a Lei nº 10.741/2003, que aprovou o Estatuto do Idoso (3). Na Organização dos Estados Americanos (OEA), foi aprovada a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (CPDHI) (4). Além da ênfase ao combate a toda forma de discriminação, inclusive por razão de idade, a CPDHI ressaltou, dentre os seus princípios gerais, o respeito à “dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso”,

consoante o seu artigo 3º, letra 'c' (4). O que se vê, no entanto, é que não raramente o intuito de proteção à pessoa de idade mais avançada esbarra em condutas paternalistas por parte dos familiares, dos profissionais da saúde e da própria sociedade, de modo que o direito de autodeterminação acaba mitigado pela vontade de terceiros, que se julgam mais aptos a tomar decisões em nome da pessoa idosa (2).

Uma situação que ilustra a substituição da vontade do paciente idoso encontra-se prevista no próprio Estatuto do Idoso (EI). Não obstante o reconhecimento do valioso papel do EI na promoção dos direitos das pessoas de mais de 60 anos, verifica-se, do próprio texto da lei, situações em que a capacidade decisional da pessoa idosa é colocada em xeque. No capítulo IV, que trata do direito à saúde, o artigo 17 dispõe que “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável” (3). A seguir, no parágrafo único, elenca, em ordem preferencial, as pessoas incumbidas de optar pelo tratamento de saúde que for reputado melhor para o doente. À primeira vista, o artigo 17 parece indicar o intuito de proteger as pessoas idosas, pressupondo-as vulneráveis. No entanto, traz à tona uma grave questão de direitos humanos. Ao mesmo tempo em que a lei declara o respeito à autodeterminação da pessoa idosa, a mitiga, restringindo o exercício do direito de escolha, pois sua opção é previamente determinada por um agente externo. Isto é, não só se associa idade com perda das faculdades mentais, como se condiciona a escolha de tratamento de saúde ao que terceiros julgarem mais adequado. Assim, constata-se que as pessoas idosas não podem decidir se querem ou não ser tratadas, escolher um tratamento que apenas elas consideram favorável, ou optar por tratamento que não lhes seja mais favorável. Tal situação configura violação ao direito humano à privacidade e à autodeterminação (5). Nesse ponto, o artigo 17 se revela um preceito cerceador do direito dos pacientes idosos de conduzirem suas próprias vidas, pois parte do pressuposto preconceituoso e discriminatório de que as pessoas de idade mais avançada não são capazes de julgar os cursos de ação relativos aos seus cuidados em saúde (2).

A despeito da previsão legal de proteção das pessoas idosas contra ingerências indevidas em sua vida privada e o estímulo à autodeterminação, não são raros os pedidos de interdição de pessoas de idade mais avançada no Brasil (6). Apesar das normativas de direitos humanos que preconizam um novo modelo de capacidade jurídica, em que se tem a autonomia como ponto central e as decretações de interdição e curatela como situações excepcionais, no Brasil, o modelo civilista vigente mantém o modelo superado de

substituição da vontade. Desse modo, sob o pretexto da proteção, um grande número de pessoas idosas no país é interdito e aliado de seus direitos, por ser considerado incapaz de cuidar de si mesmo (7).

Capacidade jurídica, capacidade mental ou decisional e mecanismos de tomada de decisão são questões que se relacionam com o tema da autonomia. Embora a discussão sobre autonomia esteja conectada com diversos campos do saber, como a bioética, a psicologia, a sociologia, dentre outros, a opção de pesquisa deste trabalho foram os Direitos Humanos. O objetivo do artigo é discutir a capacidade jurídica do paciente idoso a partir do referencial dos Direitos Humanos, trazendo à tona o tema da autonomia como promoção. Visa-se, assim, fomentar o debate acerca da inadequação da legislação brasileira e dos mecanismos equivocados para se aferir a capacidade decisional nos processos de interdição e decretação de curatela no país.

Na esfera do Direito brasileiro, ainda não se discute sobre a inadequação da forma de se avaliar a capacidade de alguém nos processos de curatela, ou seja, não se verifica a distinção crucial entre capacidade jurídica e capacidade mental. O presente trabalho propõe extrapolar o debate puro e simples dos efeitos da curatela sobre a autonomia das pessoas e abordar a possibilidade de capacitação dos pacientes idosos para tomar decisões em saúde quando têm a sua autonomia promovida.

Com base em normativas internacionais e no referencial dos Direitos Humanos, procurou-se demonstrar a falha do sistema judiciário brasileiro em cancelar a capacidade de alguém com esteio na deficiência intelectual ou no transtorno mental, apurado em perícia médica. No Brasil, não há avaliação da capacidade mental para se curatela uma pessoa, bem como há ampla confusão entre avaliação de capacidade mental e avaliação biopsicossocial. Assim, a proposta do artigo é abordar a questão macro relacionada à capacidade mental de um grupo bem específico, que é a pessoa idosa, lançando luz sobre aspectos que não são comumente abordados, como a introdução da ideia de capacidade mental/decisional no ordenamento jurídico e a noção de autonomia como promoção.

Metodologia

Foi realizada pesquisa de cunho teórico-documental e, para discutir o modelo legal de capacidade jurídica, utilizou-se, como referencial, o estudo sobre capacidade jurídica desenvolvido por Albuquerque (8), investigadora precursora da temática no Brasil. É a partir

de tal modelo, ilustrado por contribuições de outros autores, que foram tecidas as reflexões sobre autonomia como promoção relativamente ao paciente idoso.

Além do referencial de capacidade jurídica desenvolvido por Albuquerque, a pesquisa se dedicou, no plano documental, às normativas nacionais e internacionais de Direitos Humanos que cuidam do assunto.

No campo nacional, o debate centrou-se no processo de interdição e curatela previstos no Código Civil (10) e no Código de Processo Civil (11) para, a partir, deles, pavimentar o caminho de discussão sobre a necessidade de alterações do ordenamento jurídico vigente, mediante a internalização do referencial de Direitos Humanos.

No campo internacional, o estudo teve como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (9) e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (4).

Para conferir um cunho didático ao artigo, o trabalho foi estruturado da seguinte maneira. Primeiramente, foi feita uma abordagem acerca da capacidade jurídica defendida nas normativas de Direitos Humanos e sua contraposição ao modelo brasileiro vigente. Após, foram apresentadas reflexões sobre a inadequada chancela de incapacidade mental às pessoas idosas pelo modelo de capacidade jurídica vigente, alertando-se para a necessidade de internalização de instrumentos de apoio à tomada de decisão no país, para fim de prevenir a substituição da vontade. Por fim, foram apresentadas algumas considerações finais, voltadas a estimular a assimilação da ideia de autonomia como promoção, como forma de preservar o protagonismo das pessoas idosas em seus cuidados em saúde.

O modelo legal de capacidade jurídica

No Brasil, a capacidade jurídica é amplamente denominada de capacidade civil e encontra-se regulamentada no Código Civil Brasileiro (CC/2002) (10) e no Código de Processo Civil (CPC/2015) (11). De acordo com o nosso sistema legal, existem dois tipos de capacidade: a capacidade de direito ou de gozo, considerada a capacidade universal, cujo único requisito é o nascimento com vida, conforme preconizam os artigos 1º e 2º do CC/2002 (10); e a capacidade de fato ou de exercício, que pressupõe a capacidade de direito, e é entendida como a aptidão do indivíduo de exercer pessoalmente os atos da vida civil (10). Para que seja reconhecida a capacidade de fato, alguns requisitos foram traçados pelo legislador, tais como possuir o sujeito “discernimento para se autodeterminar” (7). Assim,

existe ainda no CC/2002 a classificação de pessoas como absolutamente incapazes e relativamente incapazes (artigos 3º e 4º, CC/2002), cujo exercício da capacidade de fato, sob o pretexto da proteção, exige que tais pessoas sejam representadas ou assistidas (7). Da leitura do rol de incapazes do CC/2002, percebe-se que o exercício da capacidade de fato vincula-se a algumas características do indivíduo, tais como a idade, o grau de saúde e o desenvolvimento intelectual ou mental, bem como ao resultado de possíveis ações, como no caso do pródigo. Vê-se, assim, que o modelo da capacidade jurídica brasileira se atrela às abordagens com base no status ou no resultado, repudiadas pelo modelo instituído pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). A CDPD, em seu artigo 12, reconhece o direito de igualdade às pessoas com deficiência e a garantia, perante os Estados, do apoio necessário ao exercício da capacidade legal (9).

A declaração de incapacidade de pessoa maior é feita por meio de um processo de interdição, que culmina na instituição da curatela, institutos esses balizados pelo Código de Processo Civil (CPC/2015), em seus artigos 747 a 758 (11). Para a decretação de interdição, são utilizados, como elementos de prova, laudo médico a ser apresentado pelo autor da ação; entrevista de convencimento do juiz sobre a capacidade para praticar atos da vida civil; perícia; e outros meios de prova entendidos pertinentes pelo magistrado. Ao final, compete ao juiz decretar ou não a interdição, nomear a pessoa que julgar mais indicada para substituir a vontade do interdito, podendo, ainda, fixar os limites da curatela, segundo a capacidade apurada (11).

Araújo (12) apresenta ponderações pertinentes quanto à realidade das interdições no Brasil, apontando que, no geral, o que se vê é que a decisão mais fácil e segura para todos é a interdição total. Questiona, no entanto, onde restaria guardada a dignidade, que deriva do aproveitamento das potencialidades, lembrando que o conceito jurídico de deficiência não é mais um conceito médico. O autor pontua que o CPC/2015, em seu artigo 751, deixa todas as possibilidades ao juiz, como se este tivesse conhecimentos de Serviço Social, Medicina, Psicologia, e pudesse aferir, em uma breve entrevista, todas as potencialidades da pessoa. Ressalta que o magistrado se apoia, na maioria das vezes, nas informações de um perito único, geralmente um médico, retornando a discussão da capacidade ao modelo médico, já ultrapassado. Segundo o autor, o juiz não pode se basear apenas em um médico para decidir o futuro de uma vida. Ao contrário, deveria se servir, para fundamentar adequadamente a sua decisão, de uma gama de expertos, com variedades de formação (12).

Do breve panorama legal acima apontado, verifica-se que a legislação brasileira se encontra apartada das normativas internacionais de direitos humanos sobre a temática, em especial da CDPD, que buscou alterar o entendimento acerca do que seja capacidade para os fins do regime da capacidade jurídica. O artigo 12 da CDPD (9), em seu item 02, estabeleceu a supressão da incapacidade jurídica das pessoas com deficiência, modelo ainda vigente no Código Civil brasileiro, onde se perpetua o entendimento de que a pessoa com deficiência ou transtorno mental está incapacitada para fazer prevalecer a sua vontade. Essa nova ótica trazida pelos Direitos Humanos exige uma completa reformulação do modelo brasileiro, que perpassa desde a ruptura com o modelo exclusivamente biomédico, até a incorporação de estratégias de apoio que contribuam para que, ao invés de terem a vontade substituída, pessoas com dificuldades decisórias possam receber o suporte necessário para que possam ser incluídas no processo de tomada de decisão sobre os mais diversos campos de sua vida (13).

Conforme pesquisa de Albuquerque (8), com o advento da CDPD, das atividades do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de pesquisas e do ativismo pelos Direitos Humanos, a autonomia passou a ser colocada no centro do regime da capacidade jurídica. Passou-se a reconhecer que o discurso da proteção se encontra permeado de estigma, preconceito e paternalismo disfarçados. Segundo a autora, o novo paradigma do regime de capacidade jurídica baseado no referencial dos Direitos Humanos enuncia que a capacidade jurídica engloba a capacidade legal – que corresponde a ser sujeito de direito – e a agência legal – que compreende o exercício de direitos, na forma preconizada pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (14). Capacidade legal e a agência legal não se confundem com a capacidade mental ou decisional, que é a habilidade para tomar decisões (8). Desse modo, o regime da capacidade jurídica não pode ser confundido com a capacidade mental ou decisional, salientando-se, no entanto, que, quando a disciplina legal envolve também a capacidade mental, além da jurídica, adota-se o termo *Modelo Legal de Capacidade* (8).

De acordo com Albuquerque (8), existe no país uma confusão entre a incapacidade decisional (ou mental) e a deficiência intelectual ou transtorno mental. Não há ainda a compreensão de que o regime da capacidade jurídica diz respeito à capacidade para tomada de decisão, e não à saúde mental ou à deficiência da pessoa. Apesar da CDPD ter sido adotado no Brasil com o status de emenda constitucional, constata-se que as decisões judiciais de interdição e a instituição da curatela fundamentam-se em um diagnóstico de

transtorno mental ou deficiência, apurado por perícia médica realizada por profissional designado pelo juízo e que chancela a condição de não cidadão a alguém por meio de um código constante da Classificação Internacional de Doenças (CID). Ou seja, não se aplica uma avaliação da capacidade mental fundamentada em evidências científicas e passível de apurar a habilidade para tomada de decisões específicas (8). Importante pontuar que não existe ainda, no Brasil, um teste padronizado de capacidade mental para apurar a habilidade decisional das pessoas sujeitas a curatela. Tais testes, entretanto, vêm sendo aplicados em outros lugares do mundo, conforme se vê na pesquisa realizada por Purser (15), que aponta a existência de testes diversos para a aferição da capacidade decisional acerca de questões específicas, como financeiras, de saúde, matrimonial etc. Os testes mais usados são o *MacCAT-T*; *The Capacity Assessment Toolkit*; *The Six Step Capacity Assessment Process*; *Standardised Tests*; *The Two Stage Capacity Assessment Model*; *The Financial Capacity Assessment Model* (15). Tais testes, no entanto, não serão aqui alvo de debate, pois, por sua especificidade e riqueza, merecem um artigo próprio.

Assim, o que se visa chamar a atenção é para o fato de que o novo Modelo Legal de Capacidade deve contemplar a avaliação da capacidade decisional por meio de critérios outros, que não os puramente biomédicos, constantes da Classificação Internacional de Doenças (CID) e Classificação Internacional da Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), que se limitam à verificação da saúde mental ou deficiência (8). É relevante destacar que tais testes de avaliação da capacidade mental só devem ser aplicados quando esgotados os suportes para tomada de decisão apoiada (8).

Fora as situações em que a capacidade mental possa ser afetada por condições extremas, como o estado vegetativo, coma persistente ou demências severas, que exigem a substituição da vontade (8), todas as pessoas têm capacidade de tomar decisões por si mesmas. Entretanto, o exercício do direito de decidir é muitas vezes obstado por relações abusivas, contextos de violência e meios sociais opressivos (1). O modelo fundamentado nos Direitos Humanos rechaça o paternalismo protetivo, ancorando-se no modelo centrado na pessoa e no respeito à autonomia pessoal, cuja preservação ocorre quando oferecidos instrumentos de apoio à tomada de decisão (8).

A seguir, serão trazidas reflexões sobre a necessidade de promoção da autonomia do paciente idoso para que possa participar dos cuidados em saúde, com referência aos possíveis mecanismos de apoio, em substituição aos processos equivocados de substituição da vontade.

A capacidade decisional do paciente idoso e a autonomia como promoção

Herring (1), ao discutir a posição da pessoa idosa na sociedade e perante a lei, chama a atenção para a complexa questão dos inúmeros abusos pelos quais passam esse grupo etário. Para ele, tais abusos apenas evidenciam os preconceitos ageístas que prevalecem em nosso meio e as falhas legais em combatê-los. Como forma de ilustrar o incremento da vulnerabilidade, a perda da autodeterminação e as inúmeras violações de Direitos Humanos a que estão sujeitos os pacientes idosos, o autor relata sobre uma campanha que foi iniciada pela Sociedade Britânica de Geriatria (16). A campanha era para que as pessoas idosas que viviam em casas de repouso pudessem usar os banheiros com as portas fechadas. A partir de tal exemplo, o autor problematiza a violação à dignidade e ao direito à privacidade desses pacientes, ao ponto de motivar uma campanha de conscientização dos cuidadores. Herring enfatiza que isso não ocorre apenas com pessoas idosas internadas, mas também nas próprias casas, revelando a necessidade de uma resposta mais ampla e eficaz aos abusos. Segundo o autor, enquanto as pessoas mais velhas não receberem o respeito a que têm direito, não forem reconhecidas como iguais cidadãs e encorajadas a participarem como verdadeiros membros da sociedade, continuarão a sofrer abusos e a terem sua vontade substituída (1).

No campo da saúde, pode-se dizer que os pacientes idosos são dotados de uma dupla vulnerabilidade: a decorrente da doença e que é acrescida pela idade (2). Assim, muitas vezes, apresentam maior embaraço para compreender e participar das terapêuticas, sofrem perdas auditivas, visuais e cognitivas, estão mais propensos a ceder à pressão dos profissionais da saúde e dos familiares, são postos ao largo do processo de cuidados e são vítimas comuns de posturas paternalistas (2). Some-se a isso a formação do profissional em saúde, em que se prioriza o saber técnico em detrimento de aspectos pessoais, e o modelo de atendimento que requer agilidade nas consultas, incompatível com o perfil dos pacientes idosos, que levam mais tempo para entender e se manifestar sobre as terapêuticas (2). Diante de tantos fatores adversos, questiona-se se seria possível envolver nos cuidados um paciente que tem a capacidade cognitiva diminuída, dificuldades de se comunicar e de se fazer entender (17).

Embora o novo paradigma de capacidade jurídica tenha suas raízes na CDPD, tal regime abarca todas as pessoas que possam apresentar dificuldades no processo de tomada de decisão, dentre elas as pessoas idosas (8). Importante destacar, no entanto, que

não se pode confundir envelhecimento com deficiência, associando-se as fases mais avançadas da vida ao necessário comprometimento das faculdades mentais (2).

O envelhecimento está coberto de preconceitos e estereótipos, que em muito influenciam o cuidado em saúde direcionado. Uma das maneiras de se assegurar cuidados respeitosos e de qualidade aos pacientes idosos é capacitá-los a participarem do tratamento (2). O artigo 7º da CPDHI estabelece que os Estados-partes deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar, mediante programas, políticas, ações e mecanismos eficientes de punição, o direito das pessoas idosas de tomarem decisões sobre suas vidas, de forma autônoma e independente, em igualdade de condições e respeitados seus valores, crenças e tradições (4).

Existe uma interconexão entre o conceito de autonomia e de capacidade jurídica e mental. Conforme antes tratado, o novo paradigma da capacidade jurídica reconhece que ela deve ser igual para todos e que tal regime deve ter o sujeito e a sua autonomia no centro do sistema (8). Ainda que se compreenda que toda pessoa tem capacidade jurídica na forma estabelecida pela CDPD, persistem dificuldades quanto à compreensão do exercício da autonomia por pessoas com capacidade mental comprometida, quer por problemas de saúde, quer por se inserirem em contextos abusivos que não permitam a expressão da vontade e desejos (1). Albuquerque (8) traz à tona o modelo da autonomia como promoção, presente nas normativas dos Direitos Humanos.

A autonomia como promoção se apodera de elementos do modelo da autonomia relacional, isto é, concebe que o paciente é a fonte principal da decisão e responsável pelos seus cuidados, mas que se encontra entrelaçado por uma rede, seus meios familiares, sociais, culturais e econômicos, que influenciam no processo decisório (18). Por isso, a autonomia como promoção vai além. Ela reconhece o peso que os relacionamentos possam ter na tomada de decisão, sobretudo em contextos abusivos, motivo pelo qual sustenta que a autonomia deve ser promovida. Ou seja, é possível, por meio de medidas estatais ou sociais, desenvolver habilidades que estimulem o exercício da capacidade de se autodeterminar (8). Albuquerque pontua que

(...) o modelo da autonomia como promoção não se contenta com o reconhecimento do traço relacional da autonomia, pois tem como desiderato ir além e fomentar a adoção de medidas que a façam valer na prática, como de instrumentos que permitem a tomada de decisão apoiada, bem como enfrentar os contextos opressivos e abusivos. (8, pg. 22).

Com relação ao paciente idoso, ainda que não se chegue ao extremo da interdição ou curatela, sua capacidade mental/decisional é constantemente posta em xeque pela família e profissionais da saúde na tomada de decisões sobre o processo terapêutico. O respeito à autonomia pressupõe a compreensão dos limites inerentes às condições individuais, a oferta de informações adequadas, manifestações de sua vontade, sem submissão à coação, influência, indução ou intimidação da pessoa idosa. Entretanto, não raro, ao invés de serem informados em linguagem acessível, ouvidos e estimulados a participar das decisões sobre sua saúde, pacientes idosos são alijados dos rumos da terapêutica de uma forma culturalmente naturalizada, pois acredita-se que os familiares, cuidadores ou profissionais da saúde sabem o que é melhor para o paciente (2). Tal conduta vai na contramão do *Relatório dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas* (19) que, ao correlacionar autonomia e capacidade jurídica e incorporar as dimensões individual, relacional e promocional da autonomia, bem como os aspectos econômicos e sociais, alerta para a necessidade de se estimular para que a sociedade seja mais sensível ao processo de envelhecimento, criando ambientes propícios de apoio, de modo que a pessoa idosa possa tomar decisões sobre si mesma e adotar seus planos de vida.

Além da necessidade de se estabelecer uma cultura de cuidados centrados no paciente (17), é preciso que, antes que se submeta um paciente idoso à interdição e curatela, por meio de critérios de avaliação que não medem a capacidade decisória, mas apenas buscam estabelecer diagnósticos médicos de incapacidade ou transtorno intelectual por meio de perícia, mecanismos mais consentâneos com os preceitos de Direitos Humanos sejam incorporados no Brasil. Vários países mais avançados já agregaram mecanismos não jurídicos e jurídicos de suportes para tomada de decisão em seu ordenamento. Dentre os primeiros, podemos citar o *Ombudsman Pessoal* na Suécia, o *Diálogo Aberto* na Finlândia, o *Advocacy Independente* na Escócia, o *Apoio de Pares* nos Estados Unidos, os *Círculos de Suporte* no Reino Unido. Ainda, como mecanismos jurídicos, destacam-se a designação permanente, as diretivas antecipadas ou os acordos de tomada de decisão apoiada (8). O objetivo deste trabalho não é esmiuçar tais mecanismos de apoio à tomada de decisão, tema a ser discutido em artigo próprio. O que se visa é esclarecer sobre a sua existência e alertar, como forma de fortalecer a problematização teórica aqui realizada, que a utilização desses mecanismos colabora para suprimir abusos, evitar a substituição desenfreada da vontade e mitigar a vulnerabilidade do paciente idoso, mediante a promoção da sua autonomia para participar da terapêutica, mesmo que de forma apoiada.

A implementação de mecanismos de suporte para a tomada de decisão não é uma tarefa fácil, pois demanda alterações legislativas significativas, recursos públicos e, sobretudo, mudanças culturais de padrões engessados. Entretanto, é preciso que o Brasil ajuste suas leis à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. O paciente idoso pode ser participante ativo de seus cuidados em saúde, mas precisa ser estimulado, reconhecido em sua vulnerabilidade, protegido contra a ingerência de terceiros em sua vida privada, apoiado no processo de tomada de decisões específicas. Ou seja, a substituição de sua vontade, cancelada por um processo de interdição que não mede sua capacidade decisional, só deve ocorrer quando esgotados todos os meios disponíveis para que possa decidir por si próprio.

Considerações finais

Todas as pessoas possuem capacidade jurídica e potencial para se autodeterminar. No entanto, a capacidade decisional pode ser mitigada por fatores externos, tais como meios sociais opressivos ou relacionamentos abusivos. Também, em certas fases da vida, a tomada de decisão pode ser dificultada por problemas de saúde, mas tal não significa a possibilidade de substituição desenfreada da vontade, sobretudo quando se fala de grupos vulneráveis.

Algumas pessoas têm facilidade para tomar decisões sobre questões afetivas, mas não se sentem habilitadas para gerir seus negócios; outras decidem com clareza sobre a educação dos filhos, mas não se sentem habilitadas para tomar decisões em saúde, e isso faz parte da vulnerabilidade universal a que todos estamos sujeitos (20).

Certas pessoas fazem parte de grupos de vulnerabilidade acrescida, dentre elas, os pacientes idosos que, vítimas do etiquetamento da idade, sofrem preconceitos e discriminações em relação à sua capacidade de se autodeterminar. Existe um embate importante quanto à necessidade de proteção, pelo Estado, de grupos de vulnerabilidade acrescida e o desejo de tais grupos de serem protegidos (20). Muitas vezes, sob o manto da proteção, posturas parterneralistas levam a cabo ingerências indevidas na vida privada, retirando de adultos vulneráveis a voz, a capacidade de ser reconhecido como sujeito ativo e a própria dignidade (20).

Pessoas idosas no Brasil são alvos comuns de processo de interdição e curatela. Sob a pecha de *falta de discernimento* para conduzir a própria vida, são alijados dos processos

de decisão sobre os seus negócios, a sua saúde, onde desejam morar, e colocados em uma posição de cidadãos de segunda categoria. Associa-se, de forma indevida, o envelhecimento às perdas das faculdades cognitivas, como se envelhecer fosse a consequência inevitável do se *inabilitar*. Assim, ao invés de serem instituídos mecanismos de apoio à tomada de decisão pelas pessoas idosas, ou a adequada avaliação dessas quanto à capacidade decisional, são submetidas, nos processos de interdição, a perícias médicas que, por meio de um CID, chancelam uma incapacidade jurídica com base em critérios pouco científicos e que não evidenciam a falta de habilidade para tomar decisões específicas.

O envelhecimento acelerado da população exige que nosso modelo de capacidade jurídica seja revisado, de modo que os preceitos da CDPD e da CPDHI não se limitem ao papel. A interdição e curatela são medidas extremas, que devem ser utilizadas apenas quando esgotados outros mecanismos, jurídicos e não jurídicos, de tomada de decisão apoiada. Só assim poderemos superar o paternalismo protetivo, reconhecer que a capacidade decisional não é sinônimo de deficiência ou transtorno mental e construir um novo regime de capacidade jurídica para o Brasil, fundamentado no respeito à autonomia como promoção, conforme norteado pelos Direitos Humanos.

Referências

1. Herring J. *Older People in Law and Society*. Oxford: Oxford University Press; 2009.
2. Paranhos DGAM. *Direitos Humanos dos Pacientes Idosos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2018.
3. Brasil. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 [Internet]. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: Presidência da República; 3 out. 2003 [acesso em 09 out. 2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm
4. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos* [Internet]. 15 de junho de 2015 [acesso em 09 out. 2019]. Disponível em: <http://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/07/OEA-Convenci%C3%B3n-portugu%C3%A9s.pdf>
5. Albuquerque A. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá; 2016.
6. Ehrhardt MJ. A incapacidade civil e o idoso. *In*: Mendes GF, Leite GS, Leite GS, Mudrovitsch RB (coords.). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva; 2017. p. 208-219.

7. Silva JM. Idoso: Curatela no Código Civil Brasileiro de 2002. *In*: Mendes GF, Leite GS, Leite GS, Mudrovitsch RB (coords.). Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva; 2017. p. 220-237.
8. Albuquerque A. Capacidade Jurídica e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2018.
9. Brasil. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 [Internet]. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 [acesso em 09 out. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm
10. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [Internet]. Institui o Código Civil. [acesso em 12 out. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm
11. Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 [Internet]. Código de Processo Civil. [acesso em 12 out. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
12. Araujo LA, Ruzyk CEP. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: reflexões metodológicas à luz da Teoria Geral do Direito [Internet]. [s.d.] [acesso em 13 out. 2019]. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/867>
13. Ramos C. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; 2008.
14. ONU. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Committee on the Right of People with Disabilities. Eleventh session. General Comment No. 1. Article 12: Equal recognition before the law [Internet]. Adopted 11 April 2014 [acesso em 09 out. 2019]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>
15. Purser K. Capacity Assessment and the Law. Cham: Springer; 2017.
16. Morris J. Dignity - supporting toilet access and use in frail older people. "Behind Closed Doors" campaign. British Geriatric Society [Internet]. Date Published: 01/06/2006. Last updated: 10 May 2018 [acesso em 09 out. 2019]. Disponível em: <https://www.bgs.org.uk/resources/dignity-supporting-toilet-access-and-use-in-frail-older-people>
17. Paranhos DGAM, Albuquerque A. O modelo de cuidado centrado no paciente sob a perspectiva do paciente idoso. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit [Internet]. abr./jun 2018;7(2):113-127. doi: <https://doi.org/10.17566/ciads.v7i2.485>
18. Paranhos DGAM, Albuquerque A. A autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. Revista Direito Sanitário. mar./jun, 2018;19(1):32-49.



19. Human Rights Council. Report of the Independent Expert on the Enjoyment of all Human Rights by Older Persons, Rosa Kornfeld-Matte [Internet]. Autonomy and care of older persons. 13 aug. 2015 [acesso em 20 out 2019]. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A_HRC_30_43_ENG.docx

20. Herring J. Vulnerable Adults and the law. Oxford: Oxford University Press; 2016.

Submetido em: 25/05/20
Aprovado em: 30/07/20

Como citar este artigo:

Paranhos DGAM. Análise da capacidade jurídica dos pacientes idosos no Brasil a partir do referencial dos Direitos Humanos. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 out./dez.; 9(4): 156-170.

<https://doi.org/10.17566/ciads.v9i4.680>