

O CONTRATO ULISSES – I: O PACTO ANTI-PSICÓTICO

Fernando Araújo*

Sumário: 1. O “Contrato Ulisses”: Desenho Básico. 2. Ulisses e as Sereias. 3. Sequência. 4. Os Problemas do Foro Psíquico. 5. Epidemiologia. 6. Cinco Exemplos. 7. A Solução Privada: Directivas e Pactos. 8. A Experiência do Reincidente. 9. Inexperiência e Experimentação. 10. Activação: Amarrando Ulisses. 11. Recusa do Tratamento e do Pacto. 12. Resistência à Recusa: A Coerção. 13. A Prevenção Pactuada da Coerção Máxima. 14. Capacidade e Competência. 15. Capacidade Natural e Capacidade Jurídica. 16. A Paridade no Contrato. 17. A Interposição de Terceiros. 18. Do Paternalismo à Cumplicidade. 19. Autonomia como Autenticidade. 20. Epílogo: Incumprimento. Bibliografia

1. O “CONTRATO ULISSES”: DESENHO BÁSICO

“Não nos deixeis cair em tentação” (Lucas, 11:4)



“Contrato Ulisses” é aquele pacto mediante o qual uma pessoa se vincula, por tempo determinado ou em circunstâncias especificadas, e sem dependência de uma contraprestação específica, a acatar a vontade de outrem (o beneficiário) tal como ela é manifestada num determinado momento, em detrimento do ulterior arrependimento do beneficiário (expresso nas circunstâncias especificadas) ou da vontade declarada, pelo beneficiário, de antecipar o termo do contrato, ou de rescindi-lo. Trata-se de um contrato unilateral, na medida em que predomina

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

a vinculação de uma das partes, sem que essa vinculação dependa da existência de uma qualquer contraprestação a cargo do beneficiário.

Na sua formulação mais simples, trata-se de um contrato que visa prevenir inconsistências volitivas do beneficiário, evitando que dessas inconsistências possam resultar lesões do interesse dele – um interesse *formulado* no presente, mas *projectado* no futuro.

É, portanto, um contrato que lida com uma “relação de agência”: o vinculado obriga-se a actuar, como “agente”, no interesse exclusivo do “principal”, que é o beneficiário.

O que há de singular nesta relação de agência, e pode fazer perigar a licitude de um contrato aparentemente tutelado pelo princípio da liberdade contratual, é que ela se centra predominantemente em domínios pessoalíssimos, alguns deles presididos por regras de indisponibilidade e balizados por regras de imperatividade; e, onde vigore a disponibilidade, domínios presididos por preferências inequivocamente “actualistas” ou “imediatistas” acerca do que seja o consentimento do beneficiário, vedando em princípio quaisquer formas de irrevogabilidade ou inalterabilidade dos termos desse consentimento.

O “Contrato Ulisses” tem sido estudado particularmente nos domínios das doenças psíquicas, incidindo naquelas situações crónicas e cíclicas – de demência episódica, de distúrbio bipolar, de esquizofrenia – em que o paciente, aproveitando os seus próprios intervalos de lucidez, obtém de um prestador de cuidados de saúde a promessa de que toda a intervenção desse prestador se pautará pela vontade declarada nesse intervalo de lucidez, e não pela vontade que venha a ser declarada pelo próprio paciente numa crise superveniente.

Nesses casos o paciente, como “principal”, comete ao prestador de cuidados de saúde, como “agente”, a missão de respeitar exclusivamente a vontade expressa no momento do contrato – ou no momento para que aponte o contrato – e não para

uma outra vontade posterior, por mais que esta outra vontade seja contrária à anterior e aparentemente pretenda derrogar o consentimento veiculado pelo contrato.

Se – simplificando – houver apenas duas vontades em colisão, o “comitente / paciente” reclama do “comissário / prestador” que obedeça à primeira vontade e desobedeça à segunda; que olhe para o contrato, não para o contratante.

Nestes casos, não se trata, portanto, da emissão das mais conhecidas “directivas antecipadas”: seja porque o paciente não está a dispor para situações de definitiva incompetência futura, e por isso a renúncia ao exercício imediato de poderes próprios, conquanto irreversível pela duração do contrato, terminará quando terminar o contrato; seja, sobretudo, porque não o está a fazer unilateralmente, num exercício de mera expressão de preferências – sendo crucial a formação de um verdadeiro vínculo contratual, e a resultante adstrição do vinculado à conduta prometida¹.

Mais especificamente quanto à contraposição com as “directivas psiquiátricas” (“*psychiatric wills*”), o entendimento dominante é o de que os “Contratos Ulisses” servem para antecipar o consentimento aos tratamentos, “bloqueando” a recusa, enquanto as “directivas” servem para antecipar a recusa dos tratamentos, impedindo a presunção de consentimento – aqueles serviriam para proteger o paciente contra as psicoses, estas serviriam para protegê-lo contra a própria psiquiatria².

2. ULISSES E AS SEREIAS

“E, seguindo este exemplo de Ulisses, os reis frequentemente ordenam aos juízes que apliquem a Justiça sem preferências pessoais, nem mesmo preferência pelo próprio rei, se por um qualquer acaso ele ordenar algo que seja contrário ao Direito estabelecido. Porque os reis não são deuses, mas homens, que

¹ MacKlin, A. (1987), 41.

² MacKlin, A. (1987), 43.

se deixam frequentemente seduzir pelo canto das sereias” (Spinoza, *Tractatus Politicus*, VII.1)³

A própria designação do “Contrato Ulisses” denota, contudo, que ela não tem que ficar necessariamente restrita às situações de doença psíquica nas quais ela tem sido predominantemente analisada: a referência é ao episódio de “Ulisses e as sereias”, e, no caso de Odisseus / Ulisses, não estava directamente em causa qualquer problema de saúde psíquica ou de competência.

Resumindo a passagem relevante em Homero (*Odisseia*, XII, 153-200):

Depois do encontro com Circe, que lhe falara das sereias e de outros perigos, Ulisses regressa ao navio e partilha com os seus companheiros as profecias que ouvira, para que elas não ficassem em segredo e para que todos sobrevivessem ou morressem com clara noção dos perigos a enfrentar. Diz-lhes que o canto das sereias é irresistível, mas que ele poderá ouvi-lo desde que os outros não o oiçam; para isso propõe-lhes que o amarrem ao mastro com tanta força que ele não possa libertar-se; e que, se lhes pedir para o libertarem, o amarrem com mais força ainda. Ao aproximar-se do local Ulisses tapa os ouvidos dos marinheiros com cera para que eles deixem de ouvir, e depois eles amarram-no de mãos e pés ao mastro. No encontro com duas sereias, quando elas iniciam o seu canto, Ulisses, sentindo-se atraído e a fraquejar, sinaliza aos seus marinheiros, franzindo a testa, a sua vontade de soltar-se do mastro, mas os marinheiros Perimedes e Euríloco ataram-no mais fortemente ainda, e assim o deixaram até estarem longe da ilha das sereias, altura em que, tirando a cera dos

³ Spinoza, B. (1895), 327.

ouvidos, o desamarraram⁴.

No pacto que Ulisses celebrou com os seus companheiros, o que estava em causa era, portanto, o problema da acrasia, ou seja, da falta de comando sobre si próprio (no duplo sentido de “fraqueza da vontade” – o sentido mais comum – ou de dissonância da conduta com as convicções valorativas do agente – o sentido mais rigoroso –) que, se viesse a manifestar-se e a prevalecer, determinaria um processo causal do qual resultariam, em última instância, problemas mais graves.

Ou seja, em jogo estava directamente um problema de acrasia, e apenas indirectamente, e em potência, um problema do foro psíquico: Ulisses teve medo de fraquejar – e só indirectamente teve medo das consequências que poderiam advir da sua manifestação de fraqueza, entre elas o acto insensato de abandonar a viagem de regresso a Ítaca.

Por isso Ulisses celebrou com os seus companheiros um pacto mediante o qual a sua vontade de não ser desamarrado do mastro do navio deveria ser obedecida, mesmo quando – melhor, *especialmente* quando – a sua exposição ao canto das sereias tornasse irresistível a vontade de sucumbir, e o fizesse, portanto, fraquejar na sua vontade prévia de resistir ao apelo (e às consequências para as quais já fora advertido), a vontade de não sucumbir.

Em suma, Ulisses quis obter uma vantagem (ouvir o canto das sereias) sem correr o risco que ele próprio sabia estar associado a essa vantagem, um risco que decorria da própria vantagem, e um risco sem o qual essa vantagem normalmente não se alcançaria. Para afastar esse risco celebrou o pacto com os companheiros, evitando que a obediência dos companheiros à sua vontade *actual* se traduzisse numa obediência a uma vontade *perversa*, uma vontade “corrupta” – uma obediência ao seu desejo superveniente de ser desamarrado do mastro e de sucumbir ao canto das sereias; uma obediência da qual decorreria,

⁴ Homer (1945), 443-447.

em suma, a sua perdição.

Já que ele sabia de antemão, avisado por Circe, que a sua vontade fraquejaria, quis ser ajudado *contra a sua própria fraqueza* pelos seus companheiros, induzindo-os a desobedecerem à *aparente* mudança de vontade que seria *realmente* uma pura demonstração de fraqueza. Ou, por outras palavras, quis preservar a sua vontade contra aquilo que ele adivinhava vir a ocorrer em decorrência de uma degeneração dessa vontade, de uma “corrupção”.

Podia tê-lo feito através de uma simples aposta na sua *autonomia*, ou seja, na sua capacidade de auto-vinculação futura a uma conduta inicialmente desejada e projectada como invariável; todavia, temendo a contaminação da sua determinação inicial pela interposição de uma fraqueza de vontade, celebrou o pacto como instrumento de protecção contra a sua própria acrasia futura, através da vinculação de outros.

E assim, chegado o momento, Ulisses sucumbiu, como previsto, ao canto das sereias, mas foi salvo das consequências da sua fraqueza pela desobediência dos companheiros aos seus apelos para ser desamarrado. A sua vida foi salva – literalmente – pelo exercício da sua autonomia plasmada num pacto vinculativo, nos termos do qual a adstrição relevante e decisiva era a dos companheiros, que tinham que honrar o compromisso de desobedecer-lhe, através da desconsideração do seu arrependimento de beneficiário ou da sua vontade de ver-se “livre” do contrato. Os companheiros de Ulisses tinham que pensar no pacto, e não nele pessoalmente.

Os companheiros cumpriram a obrigação emergente do contrato: obedeceram ao Ulisses “beneficiário” desobedecendo ao Ulisses “acrático” que, arrependido, pretendia convocar a obediência presente, *actual*, ao comandante do navio que era ele.

Desobedecendo ao comando de desamarrarem Ulisses, Perimedes e Euríloco poderiam, à margem de qualquer pacto, ter

invocado razões superiores à obediência, legitimadoras da desobediência (como o prognóstico das consequências desproporcionadamente graves da obediência, ou a referência aos interesses comuns, ou aos próprios interesses “objectivos” do seu comandante); mas Ulisses não podia contar com que eles o fizessem – e, ao fazê-lo, lhe salvassem a vida.

Por isso o pacto celebrado com eles visou vinculá-los, não ao uso dessa ponderação de razões eventualmente justificadoras da desobediência, mas à simples vontade do Ulisses “pré-acrático” plasmada no pacto. Mantendo-se fiéis ao pacto celebrado, os companheiros não desobedeceram verdadeiramente, em momento algum, a Ulisses: obedeceram a uma contraparte contratual que afirmou ter medo da sua própria acrasia, executando materialmente a conduta reclamada e predisposta como reacção à manifestação dessa superveniente fraqueza da vontade.

Perímedes e Euríloco podiam até ter invocado o facto de o “Ulisses acrático” ter deixado de ser a *contraparte*, para tornar-se, no momento crítico, no próprio *objecto* da conduta por eles devida – uma conduta que passou a ser, nesse momento, a de verdadeiros “prestadores de cuidados”.

Parece, em suma, que, olhando-se em especial para a referência cultural para que o conceito remete, nada obsta a que o “Contrato Ulisses” veja o seu âmbito estendido a situações em que está em causa a simples acrasia como “fraqueza de vontade”, ou o simples medo da acrasia, e não directamente qualquer problema de saúde psíquica ou de competência.

3. SEQUÊNCIA

Limitar-nos-emos, neste artigo, a considerar as situações mais graves, as de doença psíquica incapacitante, que são as situações em que se tem concentrado a literatura sobre “Contratos Ulisses”.

Deixaremos para um artigo subsequente a consideração, seja de situações de gravidade intermédia, as de condutas viciantes e indutoras de dependência, seja de situações aparentemente mais benignas, as de simples acrasia ou “fraqueza” – para ponderarmos, relativamente a ambas, se a pré-vinculação simbolizada no pacto de Ulisses será, ou não, uma resposta adequada. Nesse artigo remataremos com uma ponderação mais genérica e abstracta sobre a figura, enfrentando as subtilezas filológicas que ela suscita.

4. OS PROBLEMAS DO FORO PSÍQUICO

“Quem sabe, por experiência, que a doença o tornará insensato, dá ordens para não ser obedecido enquanto estiver doente” (Seneca, De Ira, III. Xiii. 5)⁵

5. EPIDEMIOLOGIA

Não obstante o caso mais grave ser, de certo modo, o menos desafiador da subtileza teórica em termos de justificação, não é descabido começarmos por sublinhar a sua relevância prática.

No século XXI, os problemas de saúde mental tornaram-se a principal causa de incapacidade e um dos maiores factores de morbilidade, como é evidenciado pelos estudos epidemiológicos. No primeiro estudo das condições de saúde mental em Portugal, publicado em 2013 sob a égide da *World Mental Health Survey Initiative* (WMHSI), Portugal apresentava, com o valor de 22,9%, a segunda taxa de prevalência mais elevada de perturbações mentais em adultos, num conjunto de nove países Europeus (Irlanda, 23,1%, Espanha, 9,2% e Itália, 8,2%); com grande predomínio, no caso português, de perturbações depressivas, de perturbações de ansiedade (16,5%) e de impulsividade

⁵ “*Qui [...] intemperantiam in morbo suam experti parere ipsis in adversa valetudine vetant.*” - Seneca (1928), 288-289.

(3,5%).

Em termos de impacto populacional, no que respeita à carga global das doenças, os dados referentes a Portugal não eram menos impressionantes:

- com o indicador “DALY” (“*Disability-Adjusted Life-Years*”), as perturbações mentais e do comportamento surgem em segundo lugar (11,75%), a seguir às doenças cérebro-cardiovasculares (13,74%) e à frente das doenças oncológicas (10,38%);
- com o indicador “YLD” (“*Years Lost Due to Disability*”), as perturbações mentais e do comportamento ocupam o lugar cimeiro da morbilidade (20,55%), distantes do segundo e terceiro lugares, doenças respiratórias (5,06%) e diabetes (4,07%)⁶.

Com números tão elevados de pessoas privadas do uso saudável das suas competências, perturbadas na condução das suas vidas, na sua produtividade e na sua integração comunitária, não será deslocado dedicarmos algumas reflexões a um instrumento que pode revelar-se como útil na promoção dos valores da saúde mental. O Direito não pode manter-se alheado de um problema com estas dimensões nacionais – ao menos no sentido de ponderar se tem, ou não tem, soluções a apresentar que não sejam as tradicionais respostas institucionais e administrativas de teor mais ou menos reactivo.

6. CINCO EXEMPLOS

Consideremos cinco situações distintas que podem ilustrar o nosso tema⁷:

- 1) Um paciente com distúrbio bipolar, que responde com sucesso aos tratamentos, celebra um “Contrato Ulisses”

⁶ ERS (2015), 1ss..

⁷ Adaptámos, simplificando-os, os 5 exemplos apresentados em Spelleccy, R. (2003), 384ss..

com o seu psiquiatra para ser forçado, por este, a continuar a medicar-se. Mas agora convence-se de que já não precisa de ser medicado e alega que o “Contrato Ulisses” deixou de ser necessário. O psiquiatra entende que a nova atitude pode ser sintomática de uma deterioração das condições do paciente, e que na verdade a sua intenção inicial não se perdeu, pelo que crê bastar uma justificação levemente paternalista para que o pacto seja cumprido.

- 2) Um paciente com distúrbio bipolar, que entende que essa condição aumenta a sua criatividade artística, começa a medicar-se para recuperar a custódia do seu filho, e reforça a sua determinação celebrando um “Contrato Ulisses”; mas o filho morre num acidente e agora o paciente quer abandonar o tratamento e quer ver-se livre do pacto. O médico entende que o pacto não deve ser cumprido, seja porque o paciente efectivamente não o deseja, seja porque as circunstâncias relevantes da sua determinação inicial se modificaram em termos essenciais.
- 3) Um paciente com esquizofrenia paranóide responde com sucesso aos tratamentos e celebra um “Contrato Ulisses” com o seu psiquiatra para ser forçado a continuar a medicar-se; mas agora os familiares observam um comportamento estranho, suspeitam que ele deixou de tomar a medicação e alertam o psiquiatra; mas o paciente recusa-se a cooperar, protestando que continua a medicar-se, coisa que o psiquiatra crê não ser verdade. Por uma razão de paternalismo mitigado, o psiquiatra propende a cumprir o contrato, mas hesita porque a conduta do paciente parece revelar lucidez e domínio na exploração de uma nova preferência.
- 4) Um paciente com esquizofrenia paranóide responde mal à medicação, e sofre de efeitos secundários da medicação com lítio, a única eficiente, mormente uma apatia e uma

perda de identidade que ele não deseja, pelo que pede ao seu psiquiatra que o liberte do “Contrato Ulisses”, por pressentir que não aguentará o tratamento com lítio – ainda que, em contrapartida, não queira entrar em crise, como se tornará inevitável que suceda se abandonar o tratamento. O psiquiatra entende que o pacto não deve ser cumprido, porque entende que, face à ponderação explícita do paciente e à sua experiência concreta com a terapia, não apenas as suas preferências mudaram, mas há um grau de informação que teria interferido no consentimento inicial.

- 5) Um paciente com esquizofrenia paranóide começa a responder mal à medicação, mas resiste à proposta de mudança de tratamento e à proposta alternativa de internamento enquanto não se descobre uma solução; o psiquiatra, que aceitou celebrar com ele um “Contrato Ulisses”, sabe que a falsa convicção de sucesso é um efeito da própria medicação, mas que ao menos isso manterá a disciplina do paciente, sendo que a mudança de medicação pode causar o abandono, com consequências ainda mais graves. O médico hesita, porque, não obstante não haver arrependimento, essa falta de arrependimento assenta numa falsa interpretação, da parte do paciente, dos pressupostos de validade do pacto – pelo que, na prática, a subsistência do tratamento assenta numa posição de paternalismo “forte”.

Vemos nestes 5 exemplos como o “Contrato Ulisses” pode ser um instrumento crucial para a solução de vários problemas recorrentes no âmbito das patologias psíquicas, em especial dado o contexto geral de crescente valorização do consentimento informado na relação médico-paciente, por um lado; e vemos, por outro lado, as dúvidas e perplexidades que podem gerar-se com a aplicação desse princípio em situações de perda efectiva, ou potencial, da capacidade do paciente.

Assim, se o “Contrato Ulisses” é, como referimos, uma protecção do paciente contra o poder da psicose⁸, em contrapartida pode ser fonte de equívocos e de problemas de interpretação e aplicação, como exemplificámos.

7. A SOLUÇÃO PRIVADA: DIRECTIVAS E PACTOS

Começemos por considerar o óbvio: o Direito nem sempre dispõe de subtileza e ductilidade bastantes para lidar com conflitos existenciais, situações dilemáticas e paradoxais – mormente na área da saúde mental, na qual até os conceitos básicos são fluidos e controvertidos, e as soluções são frequentemente precárias e idiossincráticas.

É tendo presente essa limitação que se explica que tenham surgido duas propostas de solução de problemas desse foro à margem dos critérios gerais e abstractos das normas legais, duas formas de “*private ordering*”: o “Contrato Ulisses” e o “*Psychiatric Will*”⁹.

Pela mesma razão, as ordens jurídicas que mais avançaram em esboços de regulamentação dessas figuras, no esforço de “privatizar” a correspondente disciplina jurídica (mormente tentando integrar o “Contrato Ulisses”, como sub-espécie, nas “directivas antecipadas em psiquiatria”), se tenham defrontado com diversas dificuldades: seja mais genericamente a relativa ao equívoco entre as duas figuras, seja a atinente aos melindres ínsitos na atribuição convencional, ao médico, de um paternalismo que a lei dizia proscrever¹⁰, seja até as ambiguidades resultantes de só lentamente se ter percebido a importância e imprescindibilidade da definição, pela lei, de algumas balizas e requisitos¹¹.

E isto porque mesmo a mais superficial abordagem detecta algumas perplexidades neste impulso “contratualizador”:

⁸ Varekamp, I. (2004), 291.

⁹ MacKlin, A. (1987), 37-38.

¹⁰ Cuca, R. (1993), 1154ss..

¹¹ Cuca, R. (1993), 1164.

seja a respeitante à “fragilização” da autonomia do paciente induzida pelo pacto¹², seja a respeitante aos limites da renúncia ao direito de recusar tratamentos, contra princípios deontológicos que apontam para a indisponibilidade do consentimento, seja a mais especificamente respeitante ao carácter “invasivo” de alguns desses tratamentos irrevogavelmente autorizados, como sucedeu com neurolépticos e outros anti-psicóticos¹³.

Quanto aos equívocos teóricos, nos diversos Estados norte-americanos que abriram caminho aos “pactos Ulisses”, mas integrando-os no quadro geral das “*mental health advance directives*”¹⁴, de que evidentemente existe uma enorme variedade de tipos¹⁵, sustentou-se que aqueles pactos seriam “directivas” restritas a problemas psíquicos tratáveis e com manifestações episódicas (logo, reversíveis)¹⁶. E foi nesse sentido que os “Contratos Ulisses” foram acolhidos na Holanda a partir de 1994, vendo-se neles uma solução mitigadamente paternalista para o tratamento forçado durante situações críticas de perda de competência¹⁷.

O problema teórico pode ser resolvido se percebermos que o “Contrato Ulisses” não é tanto uma sub-espécie das “directivas antecipadas em psiquiatria”, como é antes o reverso destas “directivas” em sentido estrito: aquele pacto confere ao psiquiatra poderes que o Direito não lhe atribui normalmente, ou supletivamente, enquanto que as “directivas antecipadas” procuram restringir os poderes habituais do psiquiatra, aqueles de que dispõe no quadro jurídico geral. Pelo que nada impede que os dois documentos sejam fundidos num só, já que “modular” os poderes da intervenção psiquiátrica pode implicar ampliar nuns

¹² Cuca, R. (1993), 1166.

¹³ Cuca, R. (1993), 1168-1169.

¹⁴ Davis, J.K. (2008), 87.

¹⁵ Clausen, J.A. (2014), 6ss..

¹⁶ Davis, J.K. (2008), 87.

¹⁷ Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 77.

casos, e restringir nos outros¹⁸ – ainda que subsista o problema de se conjugar a revogabilidade das “directivas antecipadas”¹⁹ com a crucial irrevogabilidade do “Contrato Ulisses”.

8. A EXPERIÊNCIA DO REINCIDENTE

Em termos mais práticos, a suspeita de que a mutabilidade de preferências pudesse ser mais intensa em situações de inexperiência e de surpresa levou a que se sustentasse que só poderia haver vinculatividade forte dos “Contratos Ulisses” se eles traduzissem o respeito pela experiência anterior dos pacientes, quando ela existisse, relativamente a episódios de acrasia²⁰.

Argumenta-se que, se um paciente quer vincular-se irrevogavelmente agora, através da celebração do pacto, é muito provavelmente porque sofreu no passado os efeitos graves dessa ausência de vinculação, e é ele que – ausente o paternalismo – estará em melhor posição para avaliar esse risco, e para aferir a extensão do auxílio de que precisará nos casos previstos de reincidência²¹.

Em suma, essa exigência de experiência anterior do paciente, quanto às crises e aos tratamentos, visa evitar que ele fique amarrado a uma situação cujo conteúdo efectivo pode apanhá-lo de surpresa, a ponto de poder fazer vacilar não somente as suas preferências imediatas mas até aquelas que, com maior profundidade e ponderação, poderão ter presidido à sua anterior deliberação “jurígena”.

Em concreto: um paciente inexperiente pode subestimar seriamente o sofrimento e os efeitos secundários causados pelo

¹⁸ MacKlin, A. (1987), 43

¹⁹ Art. 2º, 1 da Lei nº 25/2012, de 16 de Julho – Regula as directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

²⁰ Bielby, P. (2014), 123.

²¹ Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78.

tratamento, e na sua primeira experiência de tratamento ele poderá modificar as suas preferências, até os seus planos, de forma definitiva, no sentido de recusa futura; e não já, como inicialmente, no sentido do consentimento irreversível²².

Em complemento disso, tende a reconhecer-se que no domínio das doenças psíquicas, em que os riscos de uma decisão errada, incluindo a de “desvio dos planos”, são anormalmente elevados, a exigência de uma “ética de cuidado” sempre reclamaria uma especial solicitude da parte do médico, com ou sem conotação paternalista²³, mas certamente com a conotação “relacional” do “empoderamento” do paciente através da disponibilização de meios – incluindo os contratuais – de desenvolvimento dos seus planos e das suas oportunidades de florescimento pessoal²⁴.

Aliás, esta ideia de “consentimento negociado” *versus* “consentimento informado” pode bem ser uma daquelas ocasiões em que cabe reponderar a alegada relação antagónica entre “autonomia” e “paternalismo”, uma ideia que serve a éticas deontológicas e contratualistas, mas não é, por isso mesmo, inteiramente consensual – não parecendo sequer razoável que se sustentada que, para ser autónoma, uma decisão deva ser inteiramente desapojada²⁵.

Nesse sentido, podemos aceitar que algumas formas de “Contratos Ulisses” se limitem a definir as condições de activação, ou desactivação, de “directivas de saúde mental”, algo deste género:

“Tomo medicação e permaneço normalmente estável. Todavia, sob pressão posso sofrer perturbações do sono e isso iniciará um padrão, primeiro de recusa de medicação e depois de crises psicóticas por ausência dessa medicação. Assim, autorizo que me seja ministrada forçadamente essa medicação pelo

²² Cuca, R. (1993), 1183-1184.

²³ MacKenzie, C. & N. Stoljar (2000), 3ss.; Verkerk, M.A. (2001), 289ss.; Held, V. (2006), 48ss..

²⁴ MacKenzie, C. & N. Stoljar (2000), 3ss.; Gewirth, A. (1996).

²⁵ Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 406ss..

*meu médico, ou por quem ele autorizar, bastando para tanto uma declaração escrita do meu irmão identificando as primeiras manifestações do padrão de recusa. Para a execução desta directiva não são necessários qualquer atestado médico ou qualquer declaração jurídica”.*²⁶

Como referimos já, num sentido mais estrito, ou até mais restritivo, o “Pacto Ulisses” respeitaria apenas a casos de previsível perda de competência num portador de doença psíquica grave que tivesse tido pelo menos uma experiência anterior de resistência aos tratamentos durante a crise psicótica – subentendendo-se que tais compromissos deveriam ser excluídos em todos os outros casos, incluindo o de mera previsão dessas crises por parte de um paciente que nunca as tivesse experimentado; ou que, tendo-as experimentado, nunca tivesse manifestado resistência significativa aos tratamentos, ou uma resistência de que já se tivesse arrependido²⁷.

Por outro lado, há quem defenda que os “Contratos Ulisses” deveriam ser restritos a pessoas com provas dadas em termos de sucesso terapêutico, para que pudesse entender-se como temporária a incapacidade que elas experimentam; e que nesses pactos talvez devesse haver uma cláusula que só permitisse uma desvinculação com pré-aviso (por exemplo, de duas semanas) e nunca durante um episódio psicótico, prevendo-se em contrapartida a intervenção de terceiros em caso de resistência ao pacto durante esses episódios, ou em qualquer caso de tentativa de incumprimento da parte do paciente²⁸.

Na verdade, a probabilidade de celebrar um “Contrato Ulisses” parece estar directamente relacionada com a raridade dos episódios críticos – porque isso significa que o paciente está a levar uma vida relativamente sucedida e integrada e quer que o “Contrato Ulisses” sirva apenas como uma espécie de seguro,

²⁶ Adaptado de: Clausen, J.A. (2014), 40.

²⁷ Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 77-78.

²⁸ Dresser, R.S. (1984), 13.

de salvaguarda, contra aqueles episódios que poderiam deitar a perder os seus projectos e valores, acabando por marginalizá-lo em termos sociais, familiares, profissionais, económicos²⁹. A imagem sugestiva é a do marinheiro experiente que já sobreviveu a um naufrágio, que se conforta com a presença de meios de salvamento cuja eficácia conhece “em primeira mão”, e não quer voltar ao mar sem esses salva-vidas.

9. INEXPERIÊNCIA E EXPERIMENTAÇÃO

Continuando com a alegoria, isso deixa de fora os marinheiros inexperientes, e os aventureiros. Especificando, não parece aceitável que o “Contrato Ulisses” dê cobertura a tratamentos experimentais ou inovadores, deixando o “paciente / principal” exposto a circunstâncias inteiramente desconhecidas – que o seu consentimento antecipado jamais poderia recobrir³⁰.

É verdade que podem ser elevados os custos da negação de acesso a um programa experimental pela simples circunstância de não ser admitida uma renúncia prévia ao direito de desistir³¹ – ou seja, a insusceptibilidade de um “Contrato Ulisses” reportado a ensaios clínicos, o que aparenta fazer sentido na ausência da salvaguarda da uma experiência anterior do paciente.

E no entanto, para lá do reconhecimento explícito de que essas salvaguardas podem ceder perante uma reponderação dos interesses em causa – por exemplo, situações de emergência nas quais o interesse colectivo abrande a proeminência do interesse particular daquele que voluntariamente decidiu participar dos

²⁹ MacKlin, A. (1987), 44-45.

³⁰ MacKlin, A. (1987), 56.

³¹ Arts. 6º, 1, b) e 4, e 7º, 1, c) da Lei nº 21/2014, de 16 de Abril, e arts. 6º, 2, 7º, a) e 8º, 3 da Lei nº 46/2004, de 19 de Agosto, arts. 28º, 2 e 3, 30º, 4, 31º, 1, c), 32º, 1, c) do Regulamento (EU) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, art. 15º, 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, arts. 5º e 16º, v) da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo).

tratamentos experimentais³² –, cabe perguntar: estaremos verdadeiramente a respeitar o paciente quando lhe vedamos a possibilidade de melhorar, ou se curar (literalmente, em casos-limite, sobreviver), através de tratamentos experimentais? Não seria preferível admitir um direito de retirada mitigado que, aceite pelos promotores dos ensaios ou tratamentos, lhe tivesse permitido o acesso ao programa experimental? Por exemplo, restringindo muito o âmbito temporal e circunstancial da irrelevância da recusa, ou dispondo que a recusa levaria automaticamente a uma avaliação da situação por uma entidade independente?³³.

Como o tema não é exclusivo das situações de doença psíquica, aplicando-se genericamente a situações de arrependimento e às suas implicações “acráticas”, voltaremos a ele depois.

10. ACTIVACÃO: AMARRANDO ULISSES

Regressando ao caso-base das relações “psiquiatra / paciente”, a aludida resistência ao tratamento poderia ter sido devida, e pode voltar a ser devida, a qualquer causa, incluindo naturalmente aquela que resulta da falta de percepção da gravidade da situação; sendo uma resistência grave e relevante se interferir com uma intervenção urgente e se causar danos materiais, físicos, psicológicos ou sociais³⁴.

Daí a centralidade que pode assumir a cláusula de “activação” ou “desactivação” que condicionará a execução do contrato.

De facto, o “*triggering mechanism*” do “Contrato Ulisses” gera um problema melindroso de discricionariedade na definição da fronteira entre racionalidade e irracionalidade, entre deliberação e acrasia; e deixa os psiquiatras confrontados com

³² Art. 35º do Regulamento (EU) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014.

³³ Rhoden, N.K. (1982), 28.

³⁴ Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78.

essa questão “em tempo real”, devendo decidir antes que os danos de um eventual incumprimento do pactuado comecem a ocorrer. É que a execução do pacto pressupõe uma detecção precoce de sinais, pois se a detecção for tardia podem estar já reunidos os pressupostos do internamento compulsivo, e nesse caso o contrato terá sido inútil³⁵.

Logo, o “Contrato Ulisses” implica para o psiquiatra uma monitorização da situação do paciente, de modo a detectar precocemente o início dos eventos previstos na estipulação, filtrar os falsos alarmes e intervir atempadamente e proporcionalmente – ou seja, sem excesso de diagnóstico nem “medicina defensiva” –, e respeitar os termos contratuais, incluindo as salvaguardas do paciente e as circunstâncias justificativas da intervenção de terceiros, quando elas estejam previstas no clausulado³⁶.

Uma monitorização subtil, insistamos, em especial para casos de pacientes experientes e reincidentes: para muitos deles, a primeira indicação de um problema psíquico é a negação do seu estado e a concomitante recusa de tratamento – uma situação tanto mais difícil porque se estará normalmente perante reincidentes, ou seja, com pacientes experimentados que, sob o ascendente da crise psicótica, podem usar de táticas ardilosas reforçadas pelo conhecimento de sucessos passados³⁷.

Por essa mesma razão, há quem defenda que, em vez dos “Contratos Ulisses”, ou complementarmente a eles, se poderia adoptar protocolos de emergência psiquiátrica, os chamados “*crisis cards*”³⁸, ou se poderia seguir, em casos mais graves de reincidência e de resistência, certos procedimentos já correntes, como por exemplo o internamento compulsivo de doentes à primeira violação do dever de apresentação periódica a consultas (como se prevê no art. 33º, 4 da Lei da Saúde Mental – Lei nº 36/98, de 24 de Julho).

³⁵ Spellecy, R. (2003), 375-376.

³⁶ MacKlin, A. (1987), 57-58.

³⁷ Cuca, R. (1993), 1152.

³⁸ Varekamp, I. (2004), 296-297.

Sejam quais forem os meios adoptados, a verdade é que reina alguma imprecisão de diagnóstico nestas áreas, sobretudo quando levamos em conta o carácter “flutuante” e “circunstancial” daquilo que pode definir-se como “patologia” – bastando pensar-se que a conduta é demasiado dependente de estímulos ambientais, pelo que o diagnóstico não pode ficar confinado à conduta observada: por exemplo, uma despesa ocasionada por uma “oportunidade de negócio”, por um impulso eufórico até, não bastará em princípio para identificar uma propensão peridária patológica, ou o início de um colapso psicótico³⁹.

De facto, duas das principais dificuldades com as “*mental health directives*” resultam: 1) de dúvidas quanto à capacidade e competência de alguns pacientes, até em momentos não-críticos; 2) de problemas com a interpretação das “cláusulas de activação”, ou seja, com a definição do estado de coisas a partir do qual é lícito passar a desconsiderar a recusa de tratamento por parte do sujeito, e das “cláusulas de desactivação” que indicam a circunstância a partir da qual o paciente recobra plenamente o direito de se opor à intervenção médica – dada sobretudo a imprevisibilidade das situações, que não pode ser mitigada por experiências anteriores, salvo se elas tiverem uma configuração rigidamente recorrente⁴⁰.

Para vencer impasses interpretativos e atender à urgência de muitas das situações típicas, sugerem-se com frequência critérios práticos, como aquele estabelecido por James Beck para a recusa relevante dos anti-psicóticos, com três pontos de verificação alternativa no paciente (significando que a ausência cumulativa dos 3 legitimará a superação coerciva da recusa)⁴¹:

- 1) consciência da doença;
- 2) conhecimento dos tratamentos;
- 3) racionalidade nas atitudes.

³⁹ Dresser, R.S. (1984), 14.

⁴⁰ Srebnik, D.S. & S.Y. Kim (2006), 501-502.

⁴¹ Cuca, R. (1993), 1169.

11. RECUSA DO TRATAMENTO E DO PACTO

Um critério desses afigura-se ser de aplicação simples; todavia, a própria índole do “Contrato Ulisses” tenderá a complicar de imediato a sua aplicação, visto que o paciente, ao exprimir simultaneamente a sua recusa de tratamento e o seu repúdio pelo pactuado, estará a demonstrar ao menos um daqueles pontos que tornará relevante a sua recusa (algum grau de consciência e racionalidade) – sendo que, recordemo-lo, um único basta para o efeito.

Daí que um “Contrato Ulisses” adequadamente redigido tenha que prever esses dois tipos de recusa: a simples oposição ao tratamento, por um lado, e a tentativa de revogar o próprio contrato, por outro; sendo que, se não lidar adequadamente com ambas as situações – que aparentam corresponder a direitos básicos do paciente⁴² –, o pacto poderá impedir a salvaguarda dos verdadeiros interesses do proponente inicial do contrato.

Por isso também a questão deve ser resolvida sem recurso aos tribunais, pois um tal recurso, com o seu efeito dilatatório, já tornaria triunfante a indesejada resistência – perdendo-se a vantagem do recurso ao pacto, face à demora do processo normal de declaração de incapacidade, ou até a demora na simples verificação, por via contenciosa, da competência do paciente para recusar o tratamento ou para rescindir o contrato⁴³.

Mais uma razão para se sublinhar a centralidade, tanto do mecanismo de activação como da definição do tipo de discricionariedade (ou, mais radicalmente, de paternalismo insindica-

⁴² “O utente dos serviços de saúde mental tem ainda o direito de decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros” – art. 5º da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental.

⁴³ Cuca, R. (1993), 1173.

vel) que lhe seja associável – sendo demasiado simples, ao menos para a sensibilidade jurídica, que se diga que as tentativas de recusa do tratamento e de rescisão do pacto podem frustrar-se através da simples prova de que o “*standard*” de capacidade e competência que se exigiu para o contrato está ausente no momento da recusa⁴⁴.

E os problemas não terminam aí: pois que, sem uma correcta e transparente descrição das circunstâncias que ditam a intervenção à qual o paciente declara de antemão não se opor, podem multiplicar-se, no próprio momento de agir, conflitos interpretativos não só com o paciente mas também com os seus familiares, os seus amigos ou os seus “procuradores”, isto para não regressarmos ao ponto de o Direito assumir uma posição de sistemática rejeição de tudo o que sugira um paternalismo “forte”, como aquele que, nos interstícios das regras aplicáveis, poderia alegar-se estar presente na interpretação do pacto pelo médico⁴⁵.

Na verdade, uma das principais fraquezas dos “Contratos Ulisses” é a de que, como vimos, assentam na necessidade de determinação rápida do estado de competência ou incompetência induzido pela patologia, ao mesmo tempo que a sua eficácia depende da rejeição do recurso a instâncias adjudicadoras externas, mormente as judiciais, porque o tratamento, se é para ser começado, em muitos casos terá que o ser numa questão de dias, de horas, ou mesmo de minutos⁴⁶. Daí que o enquadramento legal tenha que apoiar essa decisão rápida, por vezes instantânea, reconhecendo esse poder aos médicos, ou prevendo um mecanismo de aferição independente que seja rapidíssimo – pois sem isso os interesses depositados no “Contrato Ulisses” poderão sair inteiramente frustrados⁴⁷.

Mais concretamente, um dos aspectos mais nocivos das recusas em episódios psicóticos agudos respeita ao transporte

⁴⁴ Cuca, R. (1993), 1174.

⁴⁵ Varekamp, I. (2004), 295.

⁴⁶ Cuca, R. (1993), 1178.

⁴⁷ Cuca, R. (1993), 1181.

coercivo para o Hospital, pois se trata de uma actuação condicionante de tudo o resto: sem o transporte, todo o tratamento pode ficar comprometido, ou a situação pode deteriorar-se ainda mais e tornar-se mais perigosa⁴⁸, pelo que a resistência ao transporte em casos psicóticos agudos pode considerar-se na prática como um “veto” a todas as demais intervenções⁴⁹.

Ultrapassada essa resistência, não acabam, como é óbvio, os problemas: nos episódios agudos pode haver recusa das intervenções correspondentes, como a terapia electroconvulsiva, ou a medicação psicotrópica, ou o internamento. O paciente recusará por uma variedade de motivos: seja porque se recorda dos efeitos de intervenções similares em episódios anteriores, e sente medo; seja ainda porque precisamente a crise lhe veda a percepção de que está afectado e do perigo que corre, não lhe permitindo vislumbrar a necessidade das intervenções.

Daí que, até à verificação dos critérios estritos de legitimação de uma intervenção coerciva, possa decorrer demasiado tempo, em termos de expor o paciente a riscos graves e crescentes – razão pela qual é tão importante regular previamente as fronteiras e a relevância da resistência que o paciente possa oferecer, e tão importante que exista, plasmada num pacto, uma regulação dessas matérias por iniciativa do próprio paciente, uma regulação que pode ter a seu favor a circunstância de ter sido longamente e serenamente ponderada⁵⁰.

Não surpreende, pois, que um inquérito a pacientes sobre “Pactos Ulisses” permitiu apurar que uma das vantagens apontadas era a da rapidez que o consentimento prévio – dispensando até a intermediação de um “procurador de cuidados” – permitia imprimir à intervenção, às vezes mesmo numa fase de trata-

⁴⁸ Clausen, J.A. (2014b), 3ss..

⁴⁹ Clausen, J.A. (2014), 4.

⁵⁰ Clausen, J.A. (2014b), 10-11

mento ambulatorio, evitando deteriorações e colapsos potencia- dos por intervenções tardias⁵¹, evitando ocasionalmente a degra- dação crítica e a consequente hospitalização e recurso a meios coercivos⁵².

Mas para que isso suceda, para que se viabilize o que ti- picamente será estipulado num “Contrato Ulisses”, será neces- sário, em suma, não somente que se considerem lícitas e válidas as irrevogabilidades e irreversibilidades convencionadas, mas também que do pacto resulte claramente em que condições foi celebrado, em que termos o prestador de cuidados psiquiátricos ficou vinculado, qual o tipo de intervenção que é legitimada e que tipo de oposição é proscri- ta, e em que momento, ou em que circunstâncias, a vinculação terminará⁵³.

12. RESISTÊNCIA À RECUSA: A COERÇÃO

A necessidade, mesmo a urgência, da adoção de um procedimento de execução do pactuado não basta para afastar- mos o melindre ínsito.

É que existem dois perigos principais na determinação da capacidade ou incapacidade de um paciente para consentir: re- cusar a capacidade a quem seja verdadeiramente capaz, ou atri- buí-la a quem seja efectivamente incapaz. No primeiro caso atentaremos contra a liberdade, autonomia, ou privacidade do agente. No segundo caso geraremos ou ampliaremos o risco que os “Contratos Ulisses” visam precisamente evitar, privando o paciente da prerrogativa de opor-se ao tratamento, ou de adiá-lo através do recurso a instâncias judiciais.

Ora, como em casos de crises psicóticas é preferível er- rar-se no segundo sentido do que no primeiro, os “Contratos

⁵¹ Varekamp, I. (2004), 294.

⁵² Cuca, R. (1993), 1153.

⁵³ Clausen, J.A. (2014b), 7.

Ulisses” seriam uma forma de contrabalançar essa atendível propensão jurídica para a atribuição excessiva de “liberdade de recusa”⁵⁴.

Todavia, neste particular aspecto não reina o consenso: uns defendem que o “Contrato Ulisses” só prevalece sobre a recusa de tratamento se for patente a incompetência do paciente, e que cede nos demais casos; enquanto outros apelam para uma ponderação de “forças”, mandando atender à determinação veiculada pelos termos do pacto.

Mas – sem embargo do que voltaremos a ponderar sobre a figura, dentro e fora do âmbito da doença psíquica – parece-nos que um respeito pela autonomia contratual deve sobrepor-se a esse tipo de ponderações inter-temporais, no sentido mais preciso de reconhecer-se que o que o paciente quis, ao livremente propor o pacto, foi dominar as suas circunstâncias impondo-lhes as suas preferências, e não propriamente sentir a gratificação abstracta do “respeito pela sua autonomia” num qualquer momento.

Recordemos que o respeito pela autonomia do paciente, seja qual for o sentido em que tomemos o termo “autonomia”, desaparece com o internamento compulsivo. O próprio “direito à liberdade e à segurança”, constitucionalmente e convencionalmente consagrado⁵⁵, eclipsa-se em caso de “*internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente*”, nos termos do art. 27º, 3, h) da Constituição.

Essa “*ultima ratio*” do tratamento psiquiátrico paira as-

⁵⁴ Cuca, R. (1993), 1177-1178.

⁵⁵ “Os Estados Partes asseguram que as pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais: a) Gozam do direito à liberdade e segurança individual; b) Não são privadas da sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária e que qualquer privação da liberdade é em conformidade com a lei e que a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade.” – art. 14º, 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

sim, ameaçadora e incentivadora, sobre a relação médico / paciente: ela representa um colapso nessa relação, e um resultado socialmente indesejável, seja pelo peso dos recursos que o internamento reclama⁵⁶, seja porque a integração comunitária, o próprio tratamento compulsivo em regime ambulatorio, parecem soluções muito mais favoráveis à promoção dos interesses do paciente.

Salvo o caso de internamento urgente ou de internamento voluntário que não ocorra em situação de perigo, todo o internamento de portador de anomalia psíquica grave deve resultar de decisão judicial e deve decorrer de acordo com um modelo fortemente judicializado, dados os interesses e melindres envolvidos, sobretudo em matéria de respeito pelos direitos fundamentais do paciente⁵⁷.

A ponderação faz-se, por um lado, entre a liberdade do paciente – e, portanto, a necessidade do seu consentimento –, e por outro lado a combinação de recusa de tratamentos necessários e “*perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial*” (art. 12º, 1 da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental). Em alternativa, a ponderação incidirá sobre a incompetência do paciente para avaliar o risco da sua situação, quando a deterioração do seu estado esteja iminente (art. 12º, 2 da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental)⁵⁸.

A privação da liberdade deixará o internado compulsivo numa situação materialmente comparável à do inimputável, ou à do imputável portador de anomalia psíquica, sujeitos a medida de segurança de internamento – também eles integrados em planos terapêuticos e de reabilitação (arts. 126º e 128º da Lei nº

⁵⁶ 83% dos recursos destinados à saúde mental, como se refere na Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2008, de 6 de Março, que estabeleceu o Plano Nacional de Saúde Mental (2007-2016), elaborado pela Comissão Nacional para a Reestruturação dos Serviços de Saúde Mental criada pelo Despacho n.º 11 411/2006, de 26 de Abril.

⁵⁷ Arts. 6º a 8º e 22º e seguintes da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental.

⁵⁸ Ver ainda: Portugal (2012), 20-21.

115/2009, de 12 de Outubro – Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).

No extremo máximo da privação da liberdade surge o problema da contenção física, “*a restrição de movimentos da pessoa doente, em situações de agitação psicomotora, confusão mental ou agressividade/violência em relação a si próprio e/ou a outros*”, determinada pela necessidade de serem “*levadas a cabo medidas preventivas com impacto ao nível da diminuição e recorrência dos episódios de agressividade/violência*” (normas 1 e 2 da Circular Normativa da DGS n.º 08/ DSPSM/ DSPCS, de 25 de Maio de 2007, entretanto revogada pela Orientação da DGS n.º 021/2011, de 06 de Junho)⁵⁹. Trata-se do limite a que conduz a falência, tanto da terapia como de medidas preventivas que são outras tantas formas de contenção, como a contenção terapêutica, a contenção ambiental, a contenção mecânica e a contenção química ou farmacológica, devendo ser todas elas encaradas como puramente instrumentais e temporárias⁶⁰.

13. A PREVENÇÃO PACTUADA DA COERÇÃO MÁXIMA

Ora o “Contrato Ulisses” pode representar a mais credível e eficiente salvaguarda contra o internamento compulsivo, na medida em que estipule que o médico tomará, mesmo contra a vontade contemporânea do paciente, todas as medidas necessárias que, melhorando o quadro de crise, afastem esse último recurso do internamento – bastando sublinhar que o internamento compulsivo se justifica somente perante uma tal recusa persistente do paciente, só podendo ser determinado “*quando for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado*” (art. 8º, 1 da Lei nº 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde

⁵⁹ ERS (2015), 91.

⁶⁰ ERS (2015), 92.

Mental)⁶¹.

Mas que meios tem o médico ao seu dispor para oferecer ao paciente, como alternativas ao internamento compulsivo que ameaça, com a mais drástica consequência, a sua recusa tenaz?

Por exemplo, cingindo-nos ao caso português, e para lá de todos os meios terapêuticos disponíveis, pode o médico promover a integração do paciente adulto na rede nacional de cuidados continuados integrados de saúde mental (RNCCISM), a qual, em articulação com a rede nacional de cuidados continuados integrados (RNCCI) e com os serviços locais de saúde mental (SLSM)⁶², dará resposta:

- 1) Elaborando um plano individual de intervenção, que visa a integração psicossocial do paciente;
- 2) Promovendo a celebração de um contrato de prestação de serviços com uma unidade ou equipa prestadora dos cuidados continuados integrados de saúde mental;
- 3) Reservando uma vaga numa unidade residencial ou numa unidade sócio-ocupacional, sendo que entre as unidades residenciais há uma oferta variada e ajustada à gravidade da situação:
 - a) Residência de treino de autonomia (para pessoas com reduzido ou moderado grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, que se encontrem clinicamente estabilizadas e conservem alguma funcionalidade)
 - b) Residência de treino de autonomia com complemento de unidade sócio-ocupacional (para pessoas com moderado e reduzido grau de incapacidade psicossocial por doença

⁶¹ ERS (2009), 41-43.

⁶² Decreto-Lei nº 8/2010, de 28 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 22/2011, de 10 de Fevereiro – Cria um conjunto de unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, destinado às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência, independentemente da idade. Portaria nº 149/2011, de 8 de Abril – Estabelece a coordenação nacional, regional e local das unidades e equipas prestadoras de cuidados continuados integrados de saúde mental (e Portaria nº 183/2011, de 5 de Maio). Estão previstos meios específicos para a infância e adolescência.

- mental grave, estabilizadas clinicamente, mas que apresentem incapacidades nas áreas relacional, ocupacional e de integração social)
- c) Residência autónoma (para pessoas com reduzido grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, clinicamente estabilizadas, sem suporte familiar ou social adequado)
 - d) Residência de apoio moderado (para pessoas com moderado grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, clinicamente estabilizadas sem suporte familiar ou social adequado)
 - e) Residência de apoio moderado com complemento de unidade sócio-ocupacional
 - f) Residência de apoio máximo (para pessoas com elevado grau de incapacidade psicossocial por doença mental grave, clinicamente estabilizadas sem suporte familiar ou social adequado⁶³)
- 4) Contratando uma equipa de apoio domiciliário (para pes-

⁶³ O art. 2º, alíneas h), i) e j) do Decreto-Lei nº 8/2010, de 28 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 22/2011, de 10 de Fevereiro, distingue os graus “elevado”, “moderado” e “reduzido” de incapacidade psicossocial: o grau elevado é “a situação objectiva da pessoa com incapacidade psicossocial que apresente graves limitações funcionais ou cognitivas, com necessidade de apoio na higiene, alimentação e cuidados pessoais, na gestão do dinheiro e da medicação, reduzida mobilidade na comunidade, dificuldades relacionais acentuadas, incapacidade para reconhecer situações de perigo e desencadear procedimentos preventivos de segurança do próprio e de terceiros”; o grau moderado é “a situação objectiva da pessoa com incapacidade psicossocial que apresente limitações cognitivas ou funcionais medianas, com necessidade de supervisão regular na higiene, alimentação e cuidados pessoais, nas actividades de vida diária e doméstica, na gestão do dinheiro e da medicação, com dificuldades relacionais significativas mas não apresentando disfuncionalidades a nível da mobilidade na comunidade e da capacidade para reconhecer situações de perigo e desencadear procedimentos preventivos de segurança do próprio e de terceiros”; e o grau reduzido é “a situação objectiva da pessoa com incapacidade psicossocial que apresente limitações cognitivas ligeiras, com necessidade de supervisão periódica na gestão do dinheiro e da medicação, e da organização da vida social e relacional, não apresentando disfuncionalidades a nível da mobilidade na comunidade, da autonomia funcional, da autonomia na higiene, alimentação e cuidados pessoais, nas actividades de vida diária e doméstica e da capacidade para reconhecer situações de perigo e desencadear procedimentos preventivos de segurança do próprio e de terceiros”.

soas com doença mental grave, estabilizadas clinicamente, que necessitem de programa adaptado ao grau de incapacidade psicossocial, para reabilitação de competências relacionais, de organização pessoal e doméstica e de acesso aos recursos da comunidade, em domicílio próprio, familiar ou equiparado)

- 5) Só finalmente, como último recurso, surgindo o internamento, seja em unidades de agudos dos hospitais psiquiátricos, das instituições psiquiátricas do sector social ou dos departamentos e serviços de psiquiatria dos hospitais, seja nas unidades de internamento de longa duração, públicas ou privadas.

Não significa isto que, mesmo na ausência de um pacto entre paciente e psiquiatra, este último não devesse percorrer estes passos intermédios, procurando preservar a integração do paciente na sua comunidade e buscando prestar os seus serviços “*no meio menos restritivo possível*”⁶⁴; mas o “Contrato Ulisses”, removendo os entraves de uma resistência episódica da parte do paciente, poderá revelar-se como o auxiliar decisivo no arranque desse projecto terapêutico de feição gradativa.

14. CAPACIDADE E COMPETÊNCIA

Respeitar a autonomia do paciente é, portanto, não interferir, ou quando muito ajudar, na consumação desse projecto de domínio das circunstâncias, desse plano de realização, naturalmente ajustado à gravidade da situação, dentro de um espectro muito amplo que se reflecte em formas muito diferentes de competência situacional. Ocasionalmente, é a própria lei que vem em apoio dessa noção ampla e “empoderadora” de autonomia, como quando, com a epígrafe “princípio da autonomia”, estabelece o

⁶⁴ Nos termos do art. 3º, 1, b) da Lei 36/98, de 24 de Julho (Lei da Saúde Mental) e do art. 2º, 6 do Decreto-Lei nº 35/99, de 5 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 304/2009, de 22 de Outubro, que estabelece os princípios orientadores dos serviços de psiquiatria e saúde mental.

art. 7º da Lei nº 38/2004: “A pessoa com deficiência tem o direito de decisão pessoal na definição e condução da sua vida.”⁶⁵

A “justificação diacrónica” do respeito pela autonomia assenta nessa ideia de que o sujeito autónomo teve a oportunidade de prever uma situação e estatuir para ela, não em função de preferências passadas, mas em função de preferências que, no passado, foram inteira e exclusivamente projectadas para o futuro, e especificamente para a cobertura de situações como aquela em que a mudança de preferências imediatas, “revoltando-se” contra essa determinação predisposta, promete frustrar esse projecto no próprio momento em que se concebeu que seria executado⁶⁶.

Reclama-se aqui, também, alguma colaboração interdisciplinar: é que tem havido, no nosso entender, algum desleixo na demarcação conceptual entre capacidade (jurídica) e competência, e isso tem contribuído para a confusão em torno dos “Contratos Ulisses”⁶⁷.

Competência – que mesmo juridicamente se presumirá que subsiste numa pessoa não declarada incapaz, ou não envolvida notoriamente numa situação de incapacidade acidental⁶⁸ – refere-se às características cognitivas e volitivas mobilizadas na tomada de uma decisão específica, nomeadamente uma combinação ocasional, de verificação casuística, de entendimento, raciocínio, deliberação, comunicação e capacidade de formação de condutas aprováveis pelo próprio agente⁶⁹. É algo de similar àquilo que o Código Civil identifica como “a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”, que é aquele mínimo que se exige ao procurador na

⁶⁵ Lei nº 38/2004, de 18 de Agosto – Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.

⁶⁶ Davis, J.K. (2008), 88-89.

⁶⁷ Bielby, P. (2014), 131ss.; Bielby, P. (2005), 357ss.; Bielby, P. (2008).

⁶⁸ Pense-se no requisito de “notoriedade” que se exige na incapacidade acidental – art. 257º do Código Civil.

⁶⁹ Beauchamp, T.L. (1991), 58ss..

representação voluntária (art. 263º).

Numa abordagem “funcional”, sustentar-se-á que a competência não se perde necessariamente quando se verifica a doença psíquica, e que é possível promover essa competência de forma mais do que episódica – admitindo-se, pois, uma presunção de competência dentro de um contexto de promoção “relacional” da autonomia do paciente.

Ao invés, a declaração de incapacidade não auxiliará nesse propósito, devendo ser ponderada principalmente em função do interesse de terceiros, pois do que nela se trata é da criação de um estatuto com permanência – até ao seu termo – não carecendo de confirmação, acto a acto, decisão a decisão, da vontade daquele que é chamado a suprir a vontade permanentemente invalidada do incapaz⁷⁰.

Ora não só os episódios de crise psicótica têm gravidades e impactos muito distintos (pensemos na distância que separa os distúrbios mentais causados por depressão dos distúrbios mentais causados por esquizofrenia, e como ambos se distanciam de distúrbios de personalidade, de distúrbios alimentares e de demências), como se dá ainda o caso de o “Contrato Ulisses” não pressupor sempre um colapso total de competência, admitindo uma graduação dos seus efeitos.

Quanto ao primeiro aspecto, não esqueçamos que a incapacidade jurídica tem um alcance limitado – especificamente confinado à susceptibilidade de gerar efeitos jurídicos relevantes, e não mais –, não sendo equivalente a uma “morte civil” ou uma “*capitis deminutio maxima*”. Em termos específicos, o paciente pode até ter sido juridicamente declarado como incapaz, e todavia reter algum grau de competência, ou seja, algum grau de domínio em matéria de consentimento, falta de consentimento ou resistência a um acto ou a uma circunstância específicas: por exemplo, o facto de se descobrir que um paciente é incompetente para decidir quanto à medicação não significa que

⁷⁰ Buchanan, A.E. & D.W. Brock (1990).

possa imediatamente inferir-se que é incompetente para decidir quanto à sua alimentação, ao seu vestuário, às suas prioridades relativas a actividades rotineiras.

15. CAPACIDADE NATURAL E CAPACIDADE JURÍDICA

O ponto merece um esclarecimento adicional, sem o qual poderia até pensar-se que, na área das doenças psíquicas, o “Contrato Ulisses” é, ou uma impossibilidade, ou ao menos um equívoco.

Começemos por equacionar juridicamente a questão nos termos mais simples. Dada a liberdade contratual que é regra no Direito Privado, das duas uma: 1) ou o paciente é interdito ou inabilitado, e o contrato é anulável por incapacidade; 2) ou o paciente não é interdito nem inabilitado, e o contrato pode ser celebrado, sem embargo de poder sindicar-se a licitude do seu objecto.

Sucedem que essa linearidade se perde de imediato no próprio texto da lei, quando ela reconhece que, sem embargo da declaração de um estado de interdição ou inabilitação no termo de um processo apropriado, há situações de “capacidade natural” e de “incapacidade natural” que podem, e nalguns casos devem, ter efeitos imediatos e independentes de vir a ser decretado, ou não, qualquer daqueles estados:

Assim, por exemplo:

- a) os menores dispõem de uma “capacidade natural” que é uma excepção à sua incapacidade como regra (Art. 127º, 1, b) do Código Civil);
- b) a “*culpa in vigilando*” estende-se aos danos causados por pessoas com “incapacidade natural” (Art. 491º do Código Civil);
- c) o “demente” não interdito presume-se imputável para efeitos de responsabilidade civil (*a contrario* do Art. 488º, 2 do Código Civil)

- d) a “incapacidade natural” pode afectar o desempenho do mandatário (Art. 1176º, 2 do Código Civil);
- e) a posse por ocupação beneficia até aqueles “que não têm uso da razão” (Art 1266º do Código Civil);
- f) é impedimento dirimente do casamento a “demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos” (Art. 1601º, b) do Código Civil – sendo que, em cessando essa demência [art. 1643º, 1], o impedimento pode cessar também, “depois de o demente fazer verificar judicialmente o seu estado de sanidade mental” – art. 1633º, 1, b));
- g) o casamento é anulável por falta de consciência do acto resultante de incapacidade accidental (Art. 1635º, a) do Código Civil);
- h) não podem perfilhar as pessoas “notoriamente dementes no momento da perfilhação” (art. 1850º, 1 do Código Civil);
- i) não podem ser tutores “os notoriamente dementes, ainda que não estejam interditos ou inabilitados” (art. 1933º, 1, b) do Código Civil);
- j) é anulável o testamento feito por quem se encontrava incapacitado de entender o sentido da sua declaração (Art. 2199º do Código Civil).

Significa isso que a Lei reconhece que “capacidade” e “incapacidade” são conceitos mais fluidos e naturalísticos do que poderia pensar-se, e que o formalismo da interdição e da inabilitação não só não resolvem tudo como, pelo tempo e meios que mobilizam, não podem gerar vazios ou ficções.

Bastará reconhecermos que existe, no universo dos sujeitos jurídicos capazes, um número de “não-diagnosticados”, ou seja, de pessoas com problemas “subliminares” que, nem sequer preenchendo os critérios de diagnóstico para “perturbação psiquiátrica”, também sofrem e beneficiariam de uma intervenção médica, e podem episodicamente revelar, através da sua incompetência, a presença de tais problemas.

Pensemos numa hipótese concreta, a da pessoa contra a qual, após repetidos episódios psicóticos, é proposta uma acção de interdição ou inabilitação (sendo a inabilitação reservada para casos menos graves de “anomalia psíquica” – art. 152º do Código Civil).

- 1) Se ela tiver celebrado um “Contrato Ulisses” com o seu psiquiatra antes de anunciada a proposição da acção, o contrato só é anulável nos termos da incapacidade acidental, ou seja, se for conhecido do declaratório, ou notório para uma “pessoa de normal diligência”, que não houve entendimento do sentido do contrato ou que o exercício da vontade não foi livre (arts. 150º e 257º, 1 e 2 do Código Civil);
- 2) Se o contrato não for anulável, a incapacidade posterior à emissão da declaração contratual não prejudica a eficácia desta; a proposta é irrevogável se já tiver sido recebida ou for conhecida do destinatário; e a incapacidade do proponente não obsta à conclusão do contrato, salvo “se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade” (Arts. 226º, 1, 230º, 1 e 231º, 1 do Código Civil);
- 3) O contrato só se torna anulável se for celebrado já depois de anunciada a proposição da acção de interdição ou de inabilitação (Art. 149º, 1 do Código Civil).

O que significa que, até esse momento, se presume a plena capacidade do adulto para ser sujeito de qualquer relação jurídica – para usarmos os termos do art. 67º do Código Civil –, incluindo a capacidade para emitir directivas ou celebrar pactos sobre tratamentos psiquiátricos.

Isto sem embargo de o Ministério Público, na sua qualidade de representante geral dos incapazes, poder reagir agilmente a qualquer manifestação de incompetência ou de “incapacidade natural” através da nomeação de tutores ou curadores

provisórios, nos termos do art. 142º do Código Civil. O problema subsiste, todavia, quando o Ministério Público, podendo intervir, não o fizer.

Mas não está dita a última palavra quanto à capacidade jurídica de “incapazes naturais”, “incapazes acidentais”, inabilitados e interditos: porque nos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, e que vigora entre nós desde 2009, “*Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida.*” (art. 12º, 2)71; o que é ir bem mais longe do que vai a Constituição portuguesa, que no seu art. 71º proclama o gozo pleno dos direitos pelos cidadãos portadores de deficiência, mas imediatamente ressalva o *exercício* dos direitos e o *cumprimento* dos deveres “para os quais se encontrem incapacitados”, sendo que a diferença se nota particularmente na forma como, naquela Convenção, se consagram direitos irrestritos em matéria de casamento, família, paternidade, relações pessoais e relações laborais nos arts. 23º e 27º, em aberta dissonância com as restrições previstas na lei civil e na lei laboral portuguesas72.

É o reconhecimento de uma “capacidade natural” que impede que, na ausência de um “Contrato Ulisses” ou algo equivalente, se recuse a um paciente, mesmo em plena crise psicótica, a possibilidade de fazer valer a sua recusa de tratamento, com a única ressalva de tal recusa não gerar um perigo grave

71 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, em 7 de Maio de 2009, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho. Já tinha entrado em vigor em 3 de Maio de 2008, nos termos do seu art. 45º.

72 Para lá da hierarquia das fontes normativas, favorável à Convenção, há ainda que contar com a possibilidade de indivíduos e grupos de indivíduos comunicarem directamente com a Comissão sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos do art. 1º, 1 do Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptado em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, em 7 de Maio de 2009, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de Julho.

para o paciente ou para outros⁷³ – pois neste último caso podem entrar a operar as habituais causas de exclusão da ilicitude ou da culpa que vigoram no Direito Penal e no Direito Civil, legitimando, à margem de qualquer consentimento, pretérito ou presente, o desrespeito pela vontade de recusa de tratamento.

16. A PARIDADE NO CONTRATO

Insistamos que o “Contrato Ulisses” não pressupõe necessariamente um colapso de competência, apenas uma diminuição de competência que preocupa antecipadamente aquele que está exposto a ela – o suficiente para que, através do pacto, ele busque o compromisso da contraparte, de que intervirá e ajudará se, e quando, se verificar a situação prevista.

Por essa razão há quem proponha a distinção de “Contratos Ulisses” “sem paridade”, em que uma pessoa competente predispõe para situações de absoluta incompetência, e “com paridade”, aqueles em que, não obstante se prever a manutenção da competência, se predispõem formas de ajuda, por exemplo em função da extensão da crise e da força da resistência. Em ambos os casos, trata-se de “hetero-vinculação”, visto que se o sujeito quisesse meramente vincular-se a si mesmo, com ou sem “paridade”, não poderia recorrer a um contrato⁷⁴.

Este ponto é especialmente difícil, porque evidencia a dificuldade de se presumir a validade do “Contrato Ulisses” a partir da simples afirmação do princípio da liberdade contratual. É que, sem uma norma especificamente habilitante, parece difícil que os médicos consigam fazer frente a recusas e fugas dos pacientes em situações que se afigurem ser de “paridade”, ou seja, de manutenção de lucidez e deliberação por parte do sujeito (presumindo-se essa paridade em momentos não-críticos, devendo

⁷³ Davis, J.K. (2008), 91.

⁷⁴ Davis, J.K. (2008), 90.

avaliações formais de competência ficar reservadas para ocasiões mais graves ou notórias).

Compreende-se o problema causado pela falta de regras deontológicas que indiquem os melhores procedimentos a adotar, em plena crise psicótica, em caso da revogação de directivas de saúde mental, ou de rescisão de “Pactos Ulisses”, nomeadamente esclarecendo os médicos se podem prosseguir com um tratamento inicialmente admitido e recusado já em plena crise, ou se podem recusar um tratamento que começou por ser rejeitado, e em plena crise passa a ser reclamado⁷⁵. E compreende-se os embaraços que essa falta de regras deontológicas, e a sua valoração e enquadramento por normas jurídicas, poderá causar em situações críticas.

Em suma, não pode excluir-se que pacientes de doenças do foro psíquico prestem o seu consentimento informado, e o retirem, exercendo uma “competência” situacional, ao menos em certos momentos, nomeadamente depois de alguma terapia susceptível de amplificar e estabilizar os pressupostos daquele consentimento, em termos de capacidades de escolha, de entendimento, de apreciação e de raciocínio coerente⁷⁶.

Como – insiste-se – nesta área não há fronteiras claras entre “competência” e “incompetência” de pessoas não-incapazes nem notoriamente incapacitadas, multiplicam-se as propostas, mas não é descabido invocarmos novamente a trilogia de James Beck sobre recusa relevante (1) consciência da doença, 2) conhecimento dos tratamentos, 3) racionalidade nas atitudes) para a extrapolarmos em três mais amplos requisitos de competência no portador de doença psíquica:

- a) aperceber-se da existência de opções;
- b) saber traduzir essas opções em consequências pessoais;
- c) saber distinguir boas e más opções de forma congruente.

Uma enumeração destas implicará, pelo menos, que o

⁷⁵ Srebnik, D.S. & S.Y. Kim (2006), 507-508.

⁷⁶ Puran, N. (2005), 44.

acatamento do pactuado envolva por vezes algum esforço de persuasão da parte do médico, no sentido de demonstrar as vantagens do apego à opção inicialmente tomada, apelando à consciência subsistente que possa alicerçar a competência – o que nem sempre será possível, se o colapso psicótico tiver sido muito forte⁷⁷.

Sem prejuízo de considerações ulteriores que ganharão especial sutileza fora do âmbito das doenças psíquicas, sublinhemos que, ao contrário do que se passa nas “directivas antecipadas”, que só entram a operar na ausência de uma discernível manifestação de preferências por parte do paciente, no “Contrato Ulisses” os efeitos produzem-se independentemente dessa capacidade de expressão presente de preferências e – o que é crucial – continuam a produzir-se quando essas preferências são manifestadas em sentido oposto ao do consentimento veiculado no contrato. Ou seja, as “directivas antecipadas” só operam na ausência de conflito entre “eus”, enquanto que o “Contrato Ulisses” enfrenta esse conflito e pretende resolvê-lo⁷⁸.

17. A INTERPOSIÇÃO DE TERCEIROS

Este tipo de considerações é que, no nosso entender, pode aconselhar que a relação criada com o “Contrato Ulisses” preveja a intervenção de um terceiro (ou mais do que um terceiro), para não se gerar a tensão de papéis entre 1) o aplicador do tratamento, 2) o detector das condições de “activação”, 3) o avaliador discricionário da situação e 4) opositor à recusa de intervenção – uma tensão que será máxima se esses quatro papéis forem assumidos por um único prestador de cuidados; e isto por mais que essa acumulação de papéis possa ter, em contrapartida, uma vantagem terapêutica não desprecianda, que é o aumento de confiança induzido pela exclusividade da interlocução

⁷⁷ Puran, N. (2005), 46.

⁷⁸ Dresser, R.S. (1984), 14.

com o paciente.

Assim, se a existência do “procurador de cuidados de saúde” no contexto “*competence-sensitive*” das “directivas antecipadas” permite reponderar a posição do “*trusted other*”, como co-responsável na tomada de decisão, apoiando o paciente, esse mesmo papel pode, *mutatis mutandis*, ganhar ainda mais relevo nas situações de maior melindre de pactos “*competence insensitive*” como poderão sê-lo muitos “Contratos Ulisses”, pois aí esse “segundo procurador” poderá apoiar tanto o paciente como o prestador de cuidados de saúde, conjuntamente, ou interpondo-se entre um e outro⁷⁹.

Convém não esquecer que o “Contrato Ulisses” comete ao médico a ingrata tarefa de ponderar os benefícios da intervenção coerciva com os danos *previsíveis* causados pela ausência dessa intervenção, pelo que ele terá que justificar-se com um juízo de prognose que é claramente difícil de efectuar com um mínimo de segurança nas condições típicas de uma crise psicótica – o que torna mais razoável admitir um recurso a juízos de probabilidade e a regras de experiência comum, susceptíveis de alicerçar qualquer esforço *preventivo* da lesão aos “superiores interesses” da parte protegida.

Dir-se-á então que a interposição de terceiros assegurará, em princípio – se puder efectuar-se em tempo útil –, um contrabalanço à margem de discricionariedade que o pacto comete ao psiquiatra.

18. DO PATERNALISMO À CUMPLICIDADE

E, no entanto, há que não perder de vista que essa discricionariedade não é bem aquilo que o proponente do “Contrato Ulisses” tem em vista, antes o seu oposto: porque o tranquilizará a expectativa de que a contraparte executará fielmente o que prometeu, sem amplitude para desviar-se do plano estabelecido –

⁷⁹ Bielby, P. (2014), 133ss..

como se se tratasse do nuncio de um “eu” momentaneamente ausente⁸⁰.

O que o proponente do pacto pretenderá, por outras palavras, é paternalismo “forte”: não o do médico, mas o seu próprio, uma forma de auto-paternalismo com pretensões a espriar-se para os episódios de colapso – tornando o médico num mero instrumento desse paternalismo.

Mas é disso que *objectivamente* se trata? Claro que não, como resulta da consideração mais ampla da posição de médico e paciente no quadro do “consentimento informado”: o que verdadeiramente se pretende é legitimar a intervenção médica, resgatando-a da ilicitude que a caracterizaria na ausência do consentimento; não se trata de resolver a questão do paternalismo, “fraco” ou “forte”, até por respeito pelas preferências veiculadas pelo pacto pretérito ou pelo consentimento presente, que podem ser preferências paternalistas – sendo que, de facto, até se pode questionar se a ênfase na autonomia será assim tão benéfica em casos psiquiátricos, nos quais esse exercício de autonomia pode ser ele próprio indutor de angústia, insegurança e sofrimento no paciente⁸¹.

Um valor facilmente discernível no “Contrato Ulisses”, e portanto facilmente tutelável na sua visibilidade, é o da confiança que o paciente deposita na adstrição da contraparte à conduta pactuada: a expectativa, decerto tranquilizadora, de que, iniciado o episódio crítico, o prestador de cuidados de saúde não o abandonará, ou seja, confrontado ao mesmo tempo com a necessidade de ter que aplicar medidas coercivas, por um lado, e com os apelos acráticos do paciente, por outro, não se refugiará na solução mais simples, a de fugir à situação e a de abster-se de intervir⁸².

Por isso é que mesmo o melhor relacionamento entre o

⁸⁰ Dresser, R.S. (1984), 14-15.

⁸¹ Dresser, R.S. (1984), 16.

⁸² Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 79.

paciente e o prestador de cuidados de saúde não bastará para dispensar um “Contrato Ulisses”, nem se lhe substituirá:

- seja porque estamos a falar de um uso de coerção contra uma falta de consentimento, ou contra uma oposição activa, que é juridicamente melindroso e é judicialmente sindicável;
- seja porque podem outras legitimidades – de familiares, de “procuradores” – interferir numa situação dessas;
- seja até porque, no processo que conduz ao colapso psicótico, o contacto comunicativo entre médico e paciente pode perder-se abruptamente e prematuramente, degradando os termos do relacionamento informal e deixando o médico exposto, quer ao seu impulso paternalista / beneficente, quer à sua hesitação, em ambos os casos criando um risco de cumplicidade indesejada com o “arrendimento” acrático do paciente.

Um paciente que tenha passado por situações de conflito, perplexidade e hesitação na actuação médica não desejará que elas se repitam, e procurará, com a proposta do “Contrato Ulisses”, contribuir para a prevenção dessas situações⁸³.

Complementarmente, e se considerarmos a dimensão social destes problemas, não podemos menosprezar uma motivação contratual ulterior que até agora não levámos em conta – a de que o paciente, propondo o “Contrato Ulisses”, queira tranquilizar os seus familiares e amigos de que está a fazer tudo ao seu alcance para prevenir episódios psicóticos, ou para deixar tudo pronto para uma reacção adequada – uma expressiva e apaziguadora demonstração de diligência⁸⁴. O pacto serviria assim para criar uma rede solidária, através da qual o paciente não apenas demonstra a terceiros interessados a sua confiança no seu médico, ou em quem venha a ser o decisor efectivo, como ao

⁸³ Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 79.

⁸⁴ Varekamp, I. (2004), 294.

mesmo tempo predispõe os termos de uma qualquer colaboração entre o seu médico e esses terceiros que venha a revelar-se oportuna⁸⁵.

Por isso julgamos ser defensável que, não obstante o “Contrato Ulisses” estar sujeito aos habituais requisitos de “consentimento informado” (salvo evidentemente o requisito do consentimento “contemporâneo”)⁸⁶, em contrapartida não são negligenciáveis as razões que possam existir para a invocação do “privilégio terapêutico” da parte do médico, ou outras prerrogativas conotadas com as várias acepções de paternalismo⁸⁷.

Por sua vez, e em alternativa à interposição de “terceiros” – um “procurador”, uma “comissão de ética” –, não podemos excluir que o “Contrato Ulisses” estabeleça uma outra posição relativa entre “declaratório / principal” e “declarante / agente” do que aquela que permite ignorar secamente a recusa do paciente e prosseguir o tratamento ou intervenção: por exemplo, pode estabelecer-se que o “agente” deverá ouvir ainda o “principal” antes de prosseguir, ou que o “agente” se limitará a entrar a recusa do “principal” o tempo suficiente para que haja ponderação na recusa, ou para que possam intervir os “terceiros”.

Em contrapartida, o espectro do paternalismo deve ser afastado, não tanto da execução do contrato – onde pode espelhar preferências livres –, mas da sua formação, impedindo interferências directas na autonomia do paciente. Há que impedir que médicos, ou familiares, ou ambos, constranjam um paciente a celebrar um “Contrato Ulisses”, para depois usarem o pacto como um instrumento de intimidação do paciente, quiçá numa atitude de encarniçamento terapêutico contra a persistência da doença⁸⁸.

Também parece avisado que a regulação jurídica impeça, nalguns casos, os psiquiatras de proporem, ou até sugerirem, a

⁸⁵ Varekamp, I. (2004), 295.

⁸⁶ Dresser, R.S. (1982), 826ss..

⁸⁷ Dresser, R.S. (1982), 841ss..

⁸⁸ Winick, B.J. (1996), 94; Dresser, R.S. (1982), 852; Clausen, J.A. (2014), 58.

celebração do “Pacto Ulisses”; ou ao menos *temperere* tais sugestões ou propostas com a imposição de “segundas opiniões”, ou a intervenção de “procuradores” – como forma de evitar que o pacto se transforme num “cheque em branco” a favor dos médicos, uma entrega incondicional da liderança terapêutica em violação do princípio do consentimento informado⁸⁹. E quando a sugestão ou proposta sejam, mesmo assim, admitidas, é indispensável que, para a preservação da liberdade contratual, o Direito imponha que o paciente seja previamente informado de que a relação profissional médico / paciente não fica de modo algum dependente da celebração, ou não, daquele pacto específico⁹⁰.

Idealmente um “Contrato Ulisses” não deveria ser mais complexo do que o pacto que o astuto Rei de Ítaca celebrou com os seus companheiros – e mais a mais neste domínio das doenças psiquiátricas, nas quais a simplicidade de procedimentos tem um valor acrescido – quiçá mesmo terapêutico –. Mesmo assim, na sua configuração minimalista, de um “Contrato Ulisses deverá constar:

- 1) um prazo certo, mesmo que renovável;
- 2) a definição do tempo máximo de exclusão do consentimento do paciente (ou pelo menos o tempo máximo que a exclusão pode persistir sem a intervenção de terceiros, de uma segunda opinião, ou de uma comissão de ética);
- 3) a definição do tempo mínimo de verificação do sucesso ou insucesso da terapia coerciva (há quem sugira 3 semanas como período indicativo);
- 4) a previsão da rescisão a pedido do paciente com um pré-aviso mínimo, à margem do mecanismo da renovação, e excluindo a rescisão em momento de crise⁹¹.

Na sua versão não-minimalista, um “Contrato Ulisses”

⁸⁹ Cuca, R. (1993), 1185.

⁹⁰ MacKlin, A. (1987), 40.

⁹¹ MacKlin, A. (1987), 40.

não tem que esgotar-se na regulamentação e legitimação da intervenção coerciva contra a “resistência psicótica” ao tratamento, e pode aliás integrá-la e enquadrá-la num procedimento gradativo – definindo as intervenções dos diversos participantes, incluindo eventuais “procuradores”, no processo que conduz ao colapso psicótico e no processo que conduz à superação desse colapso, admitindo que num processo gradual essa definição possa ser “suavizadora” da intervenção anti-ocrática, possa ser promotora de confiança entre todos, possa ser facilitadora de um resultado equilibrado e de um rápido restabelecimento do “diálogo relacional” pós-crise, diminuindo o impacto traumático que, na ausência de um arranjo “Ulisses”, anteriores crises possam ter tido⁹².

No âmbito psiquiátrico, tal variedade de soluções aponta para a vantagem da “decisão apoiada”, preservando tanto quanto possível a competência do paciente, caso a caso⁹³. O “agente”, o psiquiatra, comportar-se-ia, tanto em contextos “*competence-sensitive*” (“com paridade”) como em contextos “*competence insensitive*” (“sem paridade”), como uma espécie de sócio “*ad hoc*”, partilhando faculdades decisórias e representativas e com margem limitada, seja para considerar ou desconsiderar a atitude do paciente, seja para rever os termos expressos no “Contrato Ulisses”, seja para aceitar a resolução do vínculo.

19. AUTONOMIA COMO AUTENTICIDADE

Alguma relutância na admissão dos “Contratos Ulisses” no âmbito da psiquiatria advém não apenas das perplexidades em torno do conceito de autonomia e dos seus impactos no paradigma contratualista – como examinaremos mais tarde –, mas

⁹² Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78-79.

⁹³ Szmukler, G. (1999), 328-338.

resulta também de algum simbolismo sobre o que significa confiar a outros aquilo que julgamos dever ser, em todas as ocasiões, tarefa nossa, o exercício da liberdade pessoal: com efeito, confiando num “hetero-controle” para preservar as condições de “auto-controle”, será que estamos realmente a usar um expediente sofisticado – ou não estaremos, antes, a sujeitar-nos a uma humilhação profunda, através de um reconhecimento de insuficiência e de uma capitulação?⁹⁴

A adoção de uma “Ética de Cuidado”, em vez de uma “Ética Principlista”, permite superar alguns desses impasses do contratualismo, não somente esses assaltos à auto-estima da “capacidade plena”, como também, e em especial, a sua insistência no consentimento informado “actualista”, e a sua desconsideração pela variabilidade das preferências e das condutas ao longo de uma relação “médico / paciente” que pode ser longa e muito mutável⁹⁵.

Nos termos da referida “Ética de Cuidado”, dir-se-á que o paciente, reconhecendo a sua vulnerabilidade, se responsabiliza através da formulação das suas necessidades terapêuticas futuras, co-responsabilizando uma contraparte pelo desempenho de tarefas indispensáveis à satisfação de tais necessidades – visando, neste último caso, estabelecer uma relação de confiança adequada para se enfrentar a prevista situação de dependência, e demarcando aquilo que fica legitimado, ou não fica, no referido desempenho das tarefas terapêuticas futuras.

Como referido num dos exemplos que enumerámos de início (o nº 2), um paciente pode entender que a sua “patologia” não é para ser inteiramente erradicada, mesmo que essa erradicação não tivesse custos – por exemplo por entender que a sua criatividade artística depende da subsistência de alguns traços tidos por “patológicos” mas inofensivos para terceiros; podendo

⁹⁴ Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 401ss..

⁹⁵ Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), 78.

invocar em seu apoio até o art. 17º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que lhe assegura “*o direito ao respeito pela sua integridade mental*”.

Sendo assim, a ênfase “contratualista” tem uma consequência positiva: é que, comparado com o puro tratamento involuntário, não-pactuado, aquele tratamento que esteja legitimado por um “arranjo Ulisses” pode ter a vantagem de ser mais desejado e terapêutico, menos agressivo e traumático, mais “empoderador” e menos desumanizador, menos dependente de uma intervenção administrativa, mais próximo do paradigma do consentimento⁹⁶.

De facto, não obstante as dificuldades teóricas e práticas que a sua justificação suscita, o “Contrato Ulisses” pode ser interpretado como um mero prolongamento do “consentimento informado”, através do qual se busca que as escolhas e preferências do próprio paciente tenham prioridade na definição dos tratamentos, apontando para o facto de, em casos de capacidade intermitente, ser melhor atender somente aos intervalos lúcidos porque serão eles os únicos a expressarem uma qualquer “autenticidade” nas intenções do paciente⁹⁷.

A aceitar-se esta perspectiva, seria possível desrespeitar o arrependimento acrático do paciente invocando o respeito pela autonomia do mesmo paciente – não o respeito sincrónico da expressão instantânea e contemporânea, nem o respeito retrospectivo por uma expressão pretérita, mas o respeito diacrónico e prospectivo por uma autonomia que não tem que ficar confinada a expressões instantâneas nem às suas circunstâncias originais, antes pode e deve espriar-se pelo tempo, habilitando ao agente autónomo algum comando sobre planos de conduta e sobre preferências de eventos temporalmente dependentes e encadeados⁹⁸.

⁹⁶ Clausen, J.A. (2014b), 7.

⁹⁷ Winston, M.E. & S.M. Winston (1982), 27.

⁹⁸ Davis, J.K. (2008), 87ss., 96ss..

Dir-se-á, então, que essa permanência inter-temporal de uma vontade vinculadora é a expressão da “identidade” pessoal, e que a autonomia que mais releva, nos domínios da psiquiatria, não é a particularização do conceito geral de “soberania”, é antes a expressão e preservação de condições de “autenticidade”⁹⁹, essa mesma que vacila nos episódios psicóticos, comprometendo a percepção (e a auto-percepção) de um “eu permanente”, de um “eu profundo” que perdura¹⁰⁰.

Por outras palavras, definiríamos a “autonomia como autenticidade” como um apelo à identidade e à auto-estima que podem ser preservadas no meio de patologias que as ameaçam, através da adopção de planos de realização pessoal, com focos, preocupações, intencionalidades que servem de pano de fundo às nossas deliberações, justificando-as¹⁰¹.

Essa mesma perspectiva reforça a ideia de que os “Contratos Ulisses” são especialmente adequados, no foro da doença psíquica, para o caso de pacientes reincidentes, pacientes com experiência em episódios psicóticos: porque esses, e só esses, dispõem de um conhecimento incomparável quanto ao alcance da decisão de vinculação que tomam enquanto estão lúcidos – não havendo qualquer outro conhecimento que se lhes possa contrapor a esse nível ou com essa intensidade, ou que possa, a partir de uma legitimidade existencial directa, questionar a autenticidade das preferências expressas¹⁰².

20. EPÍLOGO: INCUMPRIMENTO

Imaginemos que, finda a crise psicótica, o paciente se apercebe de que o seu médico não cumpriu o pactuado – até porque, se tivesse cumprido, muito provavelmente a crise não teria

⁹⁹ Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 395.

¹⁰⁰ Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 397.

¹⁰¹ Van Willigenburg, T. & P.J.J. Delaere (2005), 403ss..

¹⁰² Applebaum, P.S. (1982), 27.

tido a extensão e a gravidade que teve¹⁰³. Para ter havido um “Contrato Ulisses”, lembremos que o paciente tinha que ter passado por uma experiência anterior – pelo que esta é a repetição de uma situação grave, *aquela* repetição que o pacto visou evitar. O paciente experimentou sofrimento e suportou danos que não tinha que experimentar nem que suportar – ou que, ao menos, não tinham que ocorrer necessariamente, sem que fosse ensaiada ao menos uma qualquer atitude preventiva, sem se conceder a oportunidade de o próprio paciente colaborar na prevenção da crise, ou na reacção precoce à crise.

O médico refugia-se no argumento de que, dado o seu objecto, que viola os pressupostos do consentimento informado e do consentimento do lesado, o contrato é nulo, nos termos do art. 280º do Código Civil.

O paciente, que se encontra num momento de lucidez, responde que o seu consentimento foi prestado num daqueles momentos privilegiados em que podia ter sido dado de forma real e esclarecida, o que é confirmado cabalmente pelo novo momento de lucidez, passada a crise; e que buscar “consentimento”, ou “consentimento informado”, ou “não-consentimento informado”, em momentos de perda de lucidez, é uma interpretação perversa da letra da lei, que não exonera o médico.

E que, se porventura a lei insistisse deveras em descortinar, em pleno colapso da competência, a ficção de um consentimento ou de uma recusa “esclarecidos”, então seria a própria lei a recusar ao paciente, de forma iníqua e intolerável, o uso tempestivo da sua autonomia pessoal através da celebração de um contrato protector de interesses que são claramente discerníveis, e são justos, e são fundamentais.

¹⁰³ A situação não deixa de evocar aquela que tem levado à litigância da “*Wrongful Living*”, ou da “*Wrongful Prolongation of Life*”: o paciente acorda num estado terminal e em extremo sofrimento, depois de o médico ter desrespeitado as directivas antecipadas de recusa de tratamento ou intervenção. Cfr. Sawicki, N.N. (2014), 279ss..



BIBLIOGRAFIA

- Applebaum, Paul S. (1982), "Commentary: Can a Subject Consent to a «Ulysses Contract»?", *Hastings Center Report*, 12/4, 27-28
- Beauchamp, Tom L. (1991), "Competence", in Cutter, M.A.G. & E.E. Shelp (orgs.) (1991), 49-77
- Bielby, Phil (2014), "Ulysses Arrangements in Psychiatric Treatment: Towards Proposals for Their Use Based on «Sharing» Legal Capacity", *Health Care Analysis*, 22, 114-142
- Bielby, Philip (2005), "The Conflation of Competence and Capacity in English Medical Law: A Philosophical Critique", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 8, 357-369
- Bielby, Philip (2008), *Competence and Vulnerability in Biomedical Research*, Dordrecht, Springer
- Buchanan, Allen E. & Dan W. Brock (1990), *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge, CUP
- Clausen, Judy A. (2014), "Making the Case for a Model Mental Health Advance Directive Statute", *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, 14/1, 1-65
- Clausen, Judy A. (2014b), "Bring Ulysses to Florida: Proposed Legislative Relief for Mental Health Patients", *Marquette Elder's Advisor*, 16, 1-81
- Cuca, Roberto (1993), "Ulysses in Minnesota: First Steps toward a Self-Binding Psychiatric Advance Directive Statute", *Cornell Law Review*, 78, 1152-1186
- Davis, John K. (2008), "How to Justify Enforcing a Ulysses

- Contract When Ulysses is Competent to Refuse”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 18/1, 87-106
- Dresser, Rebecca S. (1982), “Ulysses and the Psychiatrists: A Legal and Policy Analysis of the Voluntary Commitment Contract”, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 16, 777-854
- Dresser, Rebecca S. (1984), “Bound to Treatment: The Ulysses Contract”, *Hastings Center Report*, 14/3, 13-16
- ERS (2009), *Entidade Reguladora da Saúde – Consentimento Informado – Relatório Final* (paper)
- ERS (2015), *Entidade Reguladora da Saúde – Acesso e Qualidade nos Cuidados de Saúde Mental* (paper)
- Gewirth, Alan (1996), *The Community of Rights*, Chicago IL, University of Chicago Press
- Gremmen, I., G. Widdershoven, A. Beekman, R. Zuijderhoudt & S. Sevenhuijsen (2008), “Ulysses Arrangements in Psychiatry: A Matter of Good Care?”, *Journal of Medical Ethics*, 34, 77–80
- Held, Virginia (2006), *The Ethics of Care: Personal, Political and Global*, Oxford, OUP
- Homer (1945), *The Odyssey* (trad. p/ A.T. Murray), Cambridge MA, Harvard UP (*Loeb*, L104)
- MacKenzie, Catriona & Natalie Stoljar (2000), “Introduction: Autonomy Refigured”, in MacKenzie, C. & N. Stoljar (orgs.) (2000), 3-31
- MacKenzie, Catriona & Natalie Stoljar (orgs.) (2000), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, New York NY, OUP
- MacKlin, Audrey (1987), “Bound to Freedom: The Ulysses Contract and the Psychiatric Will”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, 54/1, 37-68
- Portugal (2012), *Initial Report of Portugal on the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (August, 2012)

- Puran, Namita (2005), "Ulysses Contracts: Bound to Treatment or Free to Choose?", *York Scholar*, 2, 42-51
- Rhoden, Nancy K. (1982), "Commentary: Can a Subject Consent to a «Ulysses Contract»?", *Hastings Center Report*, 12/4, 28
- Sawicki, Nadia N. (2014), "A New Life for Wrongful Living", *New York Law School Law Review*, 58, 279-302
- Seneca (1928), *Moral Essays. I* (trad. p/ John W. Basore), London, William Heinemann (*Loeb*, L214)
- Spellecy, Ryan (2003), "Reviving Ulysses Contracts", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13/4, 373-392
- Spinoza, Benedict de (1895), *Tractatus Theologico-Politicus. Tractatus Politicus* (trad. p/ R.H.M. Elwes), London, Routledge
- Srebnik, Debra S. & Scott Y. Kim (2006), "Competency for Creation, Use, and Revocation of Psychiatric Advance Directives", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 34/4, 501-510
- Szmukler, George (1999), "Ethics in Community Psychiatry", *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 33, 328-338
- Van Willigenburg, Theo & Patrick J.J. Delaere (2005), "Protecting Autonomy as Authenticity Using Ulysses Contracts", *Journal of Medicine and Philosophy*, 30, 395-409
- Varekamp, I. (2004), "Ulysses Directives in the Netherlands: Opinions of Psychiatrists and Clients", *Health Policy*, 70, 291-301
- Verkerk, Marian A. (2001), "The Care Perspective and Autonomy", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 4, 289-294
- Winick, Bruce J. (1996), "Advance Directive Instruments for Those with Mental Illness", *University of Miami Law Review*, 51, 57-95

Winston, Morton E. & Sally M. Winston (1982), “Commentary: Can a Subject Consent to a «Ulysses Contract»?”, *Hastings Center Report*, 12/4, 26-27