

## RECUSA TERAPÊUTICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELLECTUAL

NOVAIS, Alinne Arquette Leite<sup>1</sup>  
LEITE, Maria Eduarda Pereira Arquette<sup>2</sup>  
SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de<sup>3</sup>

**Resumo:** A recusa terapêutica, significando o direito de recusar a um tratamento de saúde, é um direito que decorre da autonomia para a prática de atos existenciais da pessoa humana e, portanto, não está limitada à sua capacidade civil, estando garantida de forma plena a todos, inclusive às pessoas com deficiência mental e intelectual, cuja vontade no campo existencial deve ser preservada tanto quanto possível. Contudo, é fato que podem ocorrer situações práticas em que a pessoa com deficiência tem limitações que a impedem de exprimir sua vontade ou que sua recusa colide com o entendimento de seu curador, surgindo conflitos entre direitos fundamentais, que precisam ser solucionados e, para tanto, deve ser usada a técnica da ponderação. Em busca de analisar essas questões difíceis foi realizado esse estudo, concluindo-se que sempre deve prevalecer a solução que mais preserve a dignidade da pessoa com deficiência mental e intelectual.

**Palavras-chave:** Recusa terapêutica. Pessoa com deficiência mental e intelectual. Dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** Therapeutic refusal, meaning the right to refuse health treatment, is a right that derives from the autonomy of the human person to practice existential acts and, therefore, is not limited to his civil capacity, being fully guaranteed to all, including people with mental and intellectual disabilities, whose will in the existential field should be preserved as much as possible. However, it is a fact that practical situations may occur in which the handicapped person has limitations that prevent him from expressing his will, or his refusal clashes with the understanding of his curator, giving rise to conflicts between fundamental rights, which need to be solved and, to do so, the weighting technique must be used. In an attempt to analyze these difficult issues, this study was carried out, concluding that the solution that most preserves the dignity of the person with mental and intellectual disability should always prevail.

**Keywords:** Therapeutic refusal. Person with mental and intellectual disability. Dignity of the human person.

---

<sup>1</sup> Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem da UENF - Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Possui Mestrado em Direito Civil pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000) e Especialização em Gestão Judiciária pela UnB - Universidade de Brasília (2017). É Juíza de Direito Titular do TJMG. E-mail: [alinnearquette@gmail.com](mailto:alinnearquette@gmail.com)

<sup>2</sup> Graduada em Direito – Centro Universitário FAMINAS - Lael Varella Educação e Cultura LTDA (2020). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal -FACUMINAS. Pós-graduanda em Direito da diversidade e Inclusão - LEGALE. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem - UENF. E-mail: [mariaearquette@hotmail.com](mailto:mariaearquette@hotmail.com)

<sup>3</sup> Pós-doutorado em Sociologia Política - PPSP/UENF, Doutorado em Comunicação e Cultura (UFRJ). Mestrado em Educação, pós-graduação em gerência de informática e pós-graduação em produção de software (UFJF). Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, Licenciado em Pedagogia (UNISA) e Bacharel em Informática (CES/JF). Professor Associado da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Coordenador da Pós-Graduação (Mestrado & Doutorado) Interdisciplinar em Cognição e Linguagem (PGCL/ UENF) desde março de 2008. E-mail: [chmsouza@uenf.br](mailto:chmsouza@uenf.br)

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A relação entre médico e paciente, outrora baseada no paternalismo, em que o profissional, detentor do conhecimento, era o único responsável pela decisão sobre o tratamento, transformou-se numa relação embasada em deveres e direitos de informação, em que a escolha sobre o tratamento é construída em conjunto pelos envolvidos, médico e paciente, a partir dos conhecimentos passados pelo primeiro ao segundo de forma clara e objetiva acerca de sua saúde e doença, seu diagnóstico, prognóstico e possibilidades terapêuticas.

Essa relação baseia-se, assim, no direito fundamental à liberdade, surgindo daí, para o paciente, o direito à recusa terapêutica, que se revela como instrumento de materialização da sua autonomia existencial, importando em escolhas realizadas por ele, que devem ser respeitadas dentro de limites impostos pela ordem constitucional, inclusive porque a liberdade é clara expressão do primado da dignidade da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana é atributo de que todas as pessoas são dotadas, sendo a autonomia existencial, decorrente do direito fundamental à liberdade, forma de sua realização, sendo garantida às pessoas, inclusive àquelas com deficiência mental ou intelectual, garantindo a materialização do princípio da igualdade, também direito fundamental.

Contudo, é fato que, havendo limitações às possibilidades de autodeterminação da pessoa com deficiência mental ou intelectual, ainda que a legislação tenha preservado sua autonomia existencial, conflitos de interesses podem surgir na prática quanto à recusa terapêutica, sendo necessário analisar a questão sob a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais à luz da dignidade e sua possível colisão, solucionada através da ponderação.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a qualitativa, com base no referencial teórico sobre as questões tratadas, observando-se a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais no exercício da autonomia existencial da pessoa com deficiência, a partir do entendimento de que não há direitos absolutos, concluindo pela prevalência do direito com maior conteúdo em dignidade.

## DEFICIÊNCIA E INCAPACIDADE: DELIMITANDO OS CONCEITOS

A compreensão do conceito atual de deficiência exige, por parte dos estudiosos do tema, uma análise interdisciplinar da questão, que de fato é complexa e merece ser observada, inclusive, do ponto de vista histórico, sendo analisado o tratamento dispensado às pessoas com deficiência ao longo do tempo e as lutas travadas que permitiram a superação de modelos

excludentes para a adoção de modelos embasados na busca pela realização da dignidade da pessoa humana.

Sob o viés jurídico, observou-se a ocorrência da personalização do Direito, com a mudança de paradigma do sistema jurídico e a colocação da pessoa humana no centro do mesmo (TEIXEIRA, 2018, p. 78), permitindo uma tutela qualitativamente diversa (PERLINGIERI, 2007, p, 34), para deixar de ser baseada no indivíduo abstrato e passar a ser embasada na pessoa concreta.

Com a personalização e, portanto, com o personalismo que substituiu o individualismo de outrora (SARMENTO, 2019, p. 42-51), a diversidade, própria da natureza humana, passou a ser vista não como algo que nos afasta, mas como característica enriquecedora, que nos torna iguais, porém únicos, não infirmando o princípio da igualdade, mas o confirmando, sob viés da igualdade material.

Essa ideia, que ainda hoje encontra resistência, obviamente em tempos remotos era inconcebível, de modo que as pessoas com deficiência sempre sofreram muita discriminação, com tratamentos desumanos e degradantes. De fato, a abordagem da deficiência era baseada num modelo de intolerância, em que as pessoas com deficiência eram consideradas prescindíveis e, portanto, eram excluídas da convivência social, o que ocorria pela eugenia na antiguidade, ou pela segregação na Idade Média (BARBOSA-FOHRMANN E KIEFER, 2020, p. 135), modelo que, infelizmente, não foi esquecido em tais eras, tendo sido usado em tempos modernos por alguns governantes em períodos que não podem ser esquecidos.

Seguiu-se, ao modelo da prescindência, o modelo médico da deficiência, eminentemente assistencialista e paternalista, cujo objetivo era proteger a pessoa com deficiência, mas que gerava uma abordagem discriminatória, pois via a deficiência como um defeito que demandava tratamento e cura, devendo as pessoas com deficiência se adequarem à vida social (RAMOS, 2018, p. 269).

Esse modelo, contudo, não foi apto a corresponder à nova realidade estabelecida com o segundo pós-guerra e a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, assinada pela ONU em 1948, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, compreendida como a “qualidade intrínseca distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência” (RAMOS, 2018, p. 98). Assim, começou a ser desenvolvido, em substituição ao modelo médico, o modelo social, refletindo a necessidade de respeito à igualdade substancial, à solidariedade e à liberdade (ALMEIDA, 2021, p. 171), a partir de

quando a pessoa com deficiência e, em consequência, as noções de capacidade e incapacidade, que sempre nortearam sua categorização jurídica, passaram a ser conceitos irrelevantes para a titularização dos direitos fundamentais garantidos a toda pessoa humana.

Há quem entenda que o modelo social seja sinônimo do modelo biopsicossocial, outros já consideram o segundo uma evolução do primeiro, valendo citar Seoane (2012), para quem a análise dos modelos ou concepções de deficiência, embora geralmente seja reduzida à dialética entre o modelo médico e o modelo social, precisa ser alargada, para incluir outras concepções que enriquecem a caracterização da deficiência, como o modelo biopsicossocial, harmonizando as abordagens médica e social, em que a incapacidade decorre da interação do indivíduo com o ambiente físico e social, além do modelo da diversidade, assumindo os postulados do modelo social, aliado às propostas de vida independente, em que a incapacidade é característica da diversidade humana e fator de enriquecimento social e, por fim, com o modelo dos direitos, que ele defende e considera como o modelo adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que requer a análise concreta das reivindicações para identificar quais constituem um direito genuíno e merecem um reconhecimento legal justo, tendo uma natureza prática.

No Brasil, tanto o revogado Código Civil de 1916 quanto o atual Código Civil, promulgado em 2002, seguiram o modelo médico da deficiência, mesmo sendo este posterior à Constituição da República, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro.

Em 30 de março de 2007 foi assinada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, sendo ambos ratificados no Brasil pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgados por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, com hierarquia de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Essa Convenção foi a base para a elaboração da Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que previu expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, tornando clara a distinção entre deficiência e incapacidade que, embora jamais fossem conceitos sinônimos, eram objeto de errônea equiparação.

Portanto, a deficiência não é causa necessária de incapacidade e a incapacidade não decorre necessariamente da deficiência, conceitos que não se confundem. Rosenvald (2020, p. 171), com propriedade, afirma que “a aferição da efetiva existência de um transtorno mental é

um dado que pertence aos saberes da psiquiatria, sem necessária repercussão no campo da capacidade civil.”

Nos termos do art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão, nome pelo qual também é conhecido o Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ao conceituar pessoa com deficiência, a lei estabelece também o conceito de deficiência, entendida então como o impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesse sentido, a deficiência não é algo que existe por si, mas decorre da interação da pessoa com o ambiente, que não oferece os meios adequados, mas impõe barreiras para que as pessoas, que tenham algum impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial participem de forma plena e efetiva da vida social em igualdade de condições com as demais pessoas. Tais barreiras, ainda de acordo com a Lei nº 13.146/2015, podem ser assim entendidas e classificadas, nos termos do seu art. 3º, VI:

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias.

Além de trazer o conceito de pessoa com deficiência, o Estatuto o dissociou corretamente do conceito de incapacidade, tratando também dessa questão e modificando o regime de capacidades no Código Civil, para excluir do rol dos incapazes todas as pessoas com deficiência e estabelecer que, além da regra da plena capacidade, somente haverá incapacidade para as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, sejam pessoas com deficiência ou não, prevendo para tais casos apenas a incapacidade relativa e limitando a incapacidade absoluta somente aos menores de dezesseis anos de idade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao estabelecer que a pessoa com deficiência, ainda que intelectual ou mental, preserva sua plena capacidade civil, de direito e de fato, exceto quando ela, nos termos do Código Civil, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade, ainda ressalva que essa incapacidade relativa não alcançará a autonomia para os atos existenciais, mas apenas para os atos negociais e patrimoniais e isso tem importância enorme, tratando-se “de uma tentativa, há muito defendida pela doutrina, de afastar as pessoas com deficiência do estigma da exclusão e ao mesmo tempo protegê-las” (BERLINI, 2020, p. 235).

Feita a delimitação entre os conceitos de deficiência e incapacidade, é possível afirmar que, sendo assunto relacionado aos direitos humanos, a proteção da autonomia existencial da pessoa com deficiência, seja ela incapaz ou não, ganha ainda mais relevância quando as questões a serem decididas referem-se ao corpo e à saúde da pessoa, podendo gerar importantes conflitos entre direitos fundamentais e, portanto, direitos da mesma categoria e hierarquia jurídica.

Assim, faz-se necessário analisar a extensão da autonomia existencial da pessoa com deficiência mental e intelectual e a sua possibilidade de exercício da recusa terapêutica.

## **AUTONOMIA EXISTENCIAL E RECUSA TERAPÊUTICA: COMPREENDENDO A EXTENSÃO**

A autonomia existencial, entendida no sentido de possibilidade de escolha para realização da pessoa humana em suas questões não patrimoniais, decorre do direito fundamental à liberdade que, aliado ao direito, também fundamental, à igualdade, integra o conteúdo da dignidade, na medida em que as pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais, sem sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas (BARROSO e MARTEL, 2012, p. 17).

Ao lado dos direitos fundamentais à liberdade e a igualdade, na mesma categoria estão os direitos à vida, que vai além da sobrevivência, devendo estar adjetivado pela dignidade, nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, nessa esteira, da Constituição brasileira, e à saúde, esta entendida não mais apenas como a ausência de doença e sim como bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo (PEREIRA e COELHO, 2007, p. 159).

Nesse contexto, podem surgir situações em que pessoas se recusam a submeter-se a determinados tratamentos terapêuticos, usando de seu direito fundamental à liberdade e à autonomia existencial dele decorrente, ainda que para salvar sua vida, o que gera enorme discussão no âmbito da Medicina e do Direito, além de todas as repercussões familiares e sociais causadas pela recusa terapêutica.

A escolha entre se submeter ou não a um tratamento, que pode resultar na recusa terapêutica, decorre de um processo personalíssimo de decisão do paciente, posterior às informações que ele recebeu sobre o seu quadro de saúde, opções terapêuticas, diagnóstico e prognóstico, em que ele exerce sua autonomia existencial, pois não há que se falar em dever à vida, mas em direito à vida que, embora relativamente inviolável, é disponível (MABTUM e MARCHETTO (2015, p. 54-55).

Assim, recebendo as informações necessárias, o paciente pode consentir ou recusar. Consentindo, ele emite o consentimento informado que, segundo Cabral (2018, p. 52), no âmbito da atividade médica, “é o ato pelo qual o paciente autoriza o médico a proceder à determinada atuação em sua esfera psicofísica, com o propósito de interferir positivamente objetivando melhorar suas condições de saúde”. De outro lado, como ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do art. 5º, II, da Constituição da República, o paciente pode recusar o tratamento, embora não irrestritamente, devendo ser respeitados os limites estabelecidos no ordenamento, segundo regras previstas abstratamente ou em decorrência de sua colisão com outros direitos fundamentais, em casos concretos levados à apreciação judicial.

A recusa terapêutica, além de ter fundamentos constitucionais no direito fundamental à liberdade, previsto no caput do art. 5º da Constituição da República, interpretado à luz da dignidade da pessoa humana, também encontra base no Código Civil, que prevê, em seu art. 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Por sua vez, o Código de Ética Médica, instituído através da Resolução CFM nº 2.217, de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, estabeleceu entre seus

princípios fundamentais, no item VI, que “o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte” e, no seu item XXI, previu a necessidade de o médico aceitar as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. Além disso, o Código de Ética Médica estabeleceu em seu art. 24, ser vedado ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” e, em seu art. 31, ser vedado ao médico, entre outros atos, “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.”

Considerando as previsões normativas acerca do tema, tanto a Constituição quanto as Leis e, ainda, o Código de Ética Médica, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº 2.232/2019, estabelecendo normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e para a objeção de consciência pelo médico. Segundo o seu art. 1º, “a recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma da Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.”

Sem maiores dificuldades, é possível afirmar que a pessoa maior e plenamente capaz pode, no exercício de sua autonomia existencial, manifestar a recusa terapêutica, tendo inclusive a Resolução CFM nº 2.232/2019 estabelecido, em seu art. 2º, que “é assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente, evidenciando tal conclusão.”

Contudo, se a autonomia existencial tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e todas as pessoas, capazes ou não na ordem civil, são dotadas de igual dignidade, a questão do exercício da recusa terapêutica pelos incapazes ganha importância e complexidade, ainda mais considerando que o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu, de forma expressa, que ainda que a pessoa com deficiência seja submetida à curatela, esta somente alcançará atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo e à saúde.

Luciana Dadalto (2015, p. 76), analisando a questão da capacidade como requisito ou mera formalidade para manifestação do consentimento informado, conclui que é indispensável que o paciente tenha discernimento para que possa consentir, mas não a capacidade de fato. Esse mesmo raciocínio entendemos poder ser aplicado à questão a recusa terapêutica.



Nesse sentido, também Erika Mayumi afirma que “a doutrina passou a diferenciar a capacidade de consentir para tratamentos médicos da capacidade civil em geral”, pois enquanto a primeira refere-se a questões relativas à integridade psicofísica, havendo maior interesse da própria pessoa e menor interesse da sociedade, tratando-se de decisões existenciais, em que a dignidade prepondera sobre outros princípios, a segunda envolve questões patrimoniais e à necessidade de conferir segurança jurídica e boa-fé às relações jurídicas (SILVA, 2021, p. 187).

Ora, em relação às pessoas portadoras de deficiência que não sejam plenamente capazes, a proteção a elas dirigida não pode ser óbice à realização plena de sua dignidade. Nesse compasso, a Lei nº 13.146, de 2015, que instituiu Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, mais comumente chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, na esteira da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, promoveu profunda alteração no regime das incapacidades, inclusive excluindo do rol dos absolutamente incapazes todos os portadores de deficiência, expressão que sequer existe atualmente no Código Civil, conforme se observa em seu art. 4º.

Aliás, o Estatuto da Pessoa com Deficiência protege todas as pessoas com deficiência, que afete ou não a sua autodeterminação, por considerá-las vulneráveis, pois assim dispõe em seu art. 2º:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A pessoa com deficiência submetida ao regime de curatela não perde sua autonomia existencial, nos termos do que dispõe o art. 85 do Estatuto protetivo, conforme já afirmado, e, nesse sentido, “a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica tem capacidade civil em igualdade com as demais e, mesmo quando sujeita a curatela, não se transmitirão ao curador os poderes para decidir sobre suas questões existenciais e personalíssimas” (SAMPAIO e MENEZES, 2018, p. 141), de modo que ela terá preservada sua autonomia existencial intacta e integral, cabendo ao Juiz limitar o exercício da curatela aos atos efetivamente necessários.

Nesse sentido, é fato que, para pessoas em regime de curatela, o exercício da autonomia existencial para a recusa terapêutica pode ensejar colisão entre direitos fundamentais, na medida em que o curador pode, em assistência ao curatelado, entender diversamente do mesmo. De fato, é possível que a pessoa com deficiência submetida ao regime de curatela recuse a terapia proposta, exercendo sua autonomia existencial, mas seu curador, que não tem poderes sobre os

atos de natureza existencial, discorde de sua decisão de recusar a terapia. Uma resposta rasa seria no sentido de que deve sempre prevalecer a vontade do curatelado, na medida em que sua autonomia existencial continua intacta, contudo, a questão não é simples, pois na prática é possível que essa pessoa com deficiência, embora tenha sido preservada por lei sua autonomia existencial, não tenha autodeterminação.

Diante de tantas questões importantes, é fundamental considerar que há deficiências que comprometem a capacidade de autodeterminação do sujeito, de modo que se torna fundamental analisar a possibilidade de conciliar a autonomia existencial das pessoas com deficiência mental ou intelectual incapazes com a intervenção dos seus assistentes, nomeados curadores.

### **DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO: POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Inicialmente é preciso evidenciar que, em se tratando de situação envolvendo pessoas com deficiência sob regime de curatela, as escolhas feitas pelos curadores não se referem aos próprios direitos, mas aos direitos dos curatelados.

Nos casos de recusa terapêutica, notadamente de pessoas com deficiência mental ou intelectual submetidas ao regime de curatela, a colisão entre direitos fundamentais se revela de forma clara, na medida em que ela é exercício do direito fundamental à liberdade, pois a autonomia exercida pelo paciente pode colidir com o direito à vida, à saúde e à segurança do próprio paciente e, até mesmo, da sociedade. Ora, nessa situação de recusa terapêutica, a pessoa faz uma escolha que pode gerar riscos à sua vida, à sua saúde, de modo que, inicialmente, revela-se um conflito entre seus próprios direitos fundamentais, havendo uma escolha entre a vida/saúde e a liberdade. Mas tal conflito pode ir além e atingir direitos fundamentais de terceiros, como em casos de recusa para tratamentos a doenças contagiosas, de modo que a solução de tais conflitos dependerá da análise concreta, sendo que o direito à recusa não é absoluto.

Assim, a colisão entre os direitos fundamentais, no aspecto subjetivo, pode envolver direitos do mesmo titular, ocorrendo a chamada concorrência de direitos, ou pode envolver direitos de titulares diferentes (RAMOS, 2018, p. 116) e, necessariamente, precisa ser solucionada no caso concreto, para que o conflito não fique sem resposta.

A solução para a concorrência ou a colisão entre direitos fundamentais passa pela compreensão de que o gênero normas jurídicas é composto das espécies regras e princípios, conforme construção de Ronald Dworkin, aperfeiçoada por Robert Alexy, sendo que as técnicas

para resolução dos conflitos entre regras não são as mesmas para a solução de colisão entre princípios. Alexy trata os princípios como mandamentos de otimização, que podem ser aplicados em maior ou menor grau, “na maior medida possível, progressivamente, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso” (SACRAMENTO, 2019), não havendo critérios para que se estabeleça uma ordem definitiva de precedências entre princípios (MEZZAROBA e STRAPAZZON, 2012). Quanto às regras, Alexy estabelece que são mandamentos definitivos, aplicados por subsunção (BARROSO, 2014). Considerando a distinção entre regras e princípios como “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais”, Alexy foi além de Dworkin, entendendo que a distinção é “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais na dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2006).

Enquanto um conflito normativo entre regras, que ocorre no plano da validade, resolve-se pela inclusão de uma cláusula de exceção ou pela consideração de invalidade de uma das regras, que será retirada do ordenamento jurídico, a colisão entre princípios, que ocorre na dimensão do peso, não pode ser resolvida da mesma forma, mas pelo “sopesamento entre os interesses conflitantes, para definir qual deles, abstratamente no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2006). Assim, os conflitos entre direitos fundamentais, como os direitos envolvidos em casos de recusa terapêutica, notadamente a vida, a saúde do paciente e de terceiros, a liberdade e autonomia, não se solucionam com a exclusão de um direito em função do outro ou por meio de uma cláusula de exceção, mas através da técnica em que, no caso concreto, um princípio cede ao outro, mas não é declarado inválido. Ademais, é fato que os direitos fundamentais estão previstos em normas constitucionais, o que elimina a possibilidade de aplicação dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade na solução das colisões, sendo também insuficiente para resolver a questão a fórmula da subsunção. Então, a colisão entre direitos fundamentais, previstos em normas constitucionais, conforme já afirmado, é solucionada pela técnica da ponderação, para a qual o intérprete se vale dos princípios instrumentais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para Ramos (2018, p. 122), o “princípio da proporcionalidade consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental”. Já, quanto ao princípio da razoabilidade, ele pode ser entendido como a “exigência de verificação da legitimidade dos fins perseguidos por uma lei ou ato administrativo que regulamente ou restrinja o exercício desses direitos, além da compatibilidade entre o meio empregado pela norma e os fins visados” (RAMOS, 2018, p. 127).

Através da técnica da ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, dada a sua natureza principiológica, a recusa terapêutica encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, mas somente pode ser exercida dentro de limites, alcançados pela aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade, usadas como instrumentos para se averiguar, no caso concreto, qual direito deve ceder em relação a outro direito de igual natureza e apenas na medida do necessário, preservando-se, ao máximo, os interesses em conflito, somente escolhendo um deles se essa preservação, ainda que parcial, não for possível, buscando-se, então, a realização da vontade constitucional, conforme ensina Barroso (2005), cuja análise passará, necessariamente, pela solução em que o primado da dignidade humana encontrar maior realização.

Nesse aspecto, a dignidade é o ponto central para a realização da técnica da ponderação, em que os direitos fundamentais em colisão serão analisados à sua luz e, ainda que em ambos haja conteúdo de dignidade, no caso concreto, não sendo possível a prevalência de todos, deverá ceder aquele que tiver conteúdo menor em dignidade, de modo que a relativização da dignidade da pessoa humana parece ter espaço somente quando a colisão importa na necessidade de proteção da dignidade de outrem.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao dispor sobre o direito à vida da pessoa com deficiência, estabelece no seu art. 10 a competência do poder público para garantir a dignidade da pessoa com deficiência, revelando que, em primeiro lugar, no cerne da proteção à vida da pessoa com deficiência está a necessidade de garantir a sua dignidade, tanto no sentido da garantida da autonomia quanto no sentido da proteção, considerando o caráter dúplice do primado (SILVA, 2021, p. 188).

Em seguida, no mesmo capítulo referente ao direito à vida, o Estatuto traz importantes regras acerca da autonomia existencial da pessoa com deficiência, ao dispor sobre a necessidade de seu consentimento informado para tratamento de saúde, ainda que em situação de curatela, estabelecendo:

Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento. § 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de

curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados. Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.

Portanto, há na legislação de regência regras que possibilitam a recusa terapêutica da pessoa com deficiência mental ou intelectual, submetida ao regime de curatela, na medida em que estabelecem a necessidade de que ela preste, na medida do possível, o seu consentimento informado, com garantia do maior grau de participação possível e, não sendo viável tal consentimento, ele poderá ser suprido.

Para Erika Mayumi, a previsão do art. 11, parágrafo único, do Estatuto parece em descompasso com o art. 85, § 1º da mesma lei, que “veta expressamente a curatela sobre direitos relativos à saúde”, na medida em que o primeiro prevê o suprimento do consentimento informado pelo curador, contrariando, ainda, a previsão de plena autonomia para os atos existenciais prevista no art. 6º. Contudo, a mesma autora afirma que “em que pese tais críticas, a Lei foi expressa sobre o tema, sem deixar margem a outra interpretação, pois o art. 11 do Estatuto da Pessoa com Deficiência é especial em relação ao artigo 6º e 85”, e acrescenta que a possibilidade de suprimento do consentimento pelo curador acaba sendo benéfico na prática forense, dando segurança jurídica e restringindo a insegurança apenas “à ‘mensuração’ das hipóteses em se entender plausível ou impertinente a capacidade volitiva do paciente curatelado, devendo ser resolvido pela construção forense, com o auxílio da equipe técnica de caráter multidisciplinar” (SILVA, 2021, p. 191).

Assim, pode-se afirmar que são cabíveis as escolhas da pessoa com deficiência mental e intelectual submetida à curatela no campo existencial que, em tese, devem ser respeitadas, mas cuja implementação efetivamente pode trazer situações concretas difíceis e complexas, notadamente quando tais escolhas colidirem com o entendimento dos seus curadores acerca do mesmo assunto. Assim é que, no que tange às decisões sobre recusa terapêutica, as divergências entre as escolhas dos incapazes e de seus assistentes serão resolvidas pela ponderação, através da análise do caso concreto, a depender, inclusive, do aspecto objetivo das questões envolvidas.

Thaís Sêco (2014, p. 19), analisando a questão do ponto de vista dos menores, propõe “a valoração das decisões existenciais com base nos critérios da reversibilidade ou irreversibilidade, e da adiabilidade ou inadiabilidade.” Para a autora (2014, p. 19-20),

“enquanto as decisões irreversíveis e adiáveis devem ser postergadas para o momento futuro, as decisões reversíveis e inadiáveis devem ser praticadas no momento correto, ou imediatamente.” Já a decisão “classificada como reversível e adiável, deve-se deixar a cargo da própria interação social-afetiva a decisão, a ser livremente tomada.” Por fim, existem as situações consideradas “irreversíveis e inadiáveis”, em relação às quais, consideradas “hard cases, é fundamental o conhecimento do caso concreto e a participação de profissionais habilitados em outras áreas, como a psicologia e a medicina, para se encontrar a solução adequada.”

Ora, essas mesmas proposições podem, com as necessárias adequações, ser transpostas para a situação dos demais incapazes, justamente as pessoas com deficiência, valendo destacar que a incapacidade pode ser transitória, situação em que os critérios apontados têm serventia, ou pode ser definitiva, caso em que a adiabilidade ou inadiabilidade para momento posterior de plena capacidade torna-se critério sem sentido.

Sensível a essa questão, o CFM, através da Resolução CFM nº 2.232/2019, além de tratar da recusa terapêutica pelos capazes, também aborda a situação dos incapazes, dispondo, em seu art. 3º que, “em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.” Para esclarecer essa Resolução, o próprio Conselho Federal de Medicina publicou comentários em seu sítio eletrônico, afirmando, quanto à recusa terapêutica dos incapazes:

A dignidade do paciente incapaz, menor de idade ou adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estar representado ou assistido, foi especialmente considerada nesta Resolução. Nesses casos, impõe-se a prevalência do tratamento indicado, sem consentimento livre e esclarecido, em casos de risco de morte e de urgência e emergência com risco relevante à saúde (CFM, 2019).

Em seguida, o art. 4º da Resolução trata da situação de “discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta”, estabelecendo que em tais casos, é dever do médico “comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.”

Os artigos. 3º e 4º citados acima, interpretados sistematicamente, revelam que, pelas normas éticas, se o incapaz ou seu representante/assistente recusar o tratamento, tratando-se de situação de urgência e emergência, o médico deve ignorar a recusa e proceder à terapia

necessária, devendo, portanto, aceitar a recusa somente para tratamentos eletivos. A interpretação demonstra, ainda, que havendo discordância entre o médico e o representante/assistente do incapaz, a questão deve ser comunicada às autoridades competentes, revelando que a vontade do incapaz é pouco ou nada considerada.

Longe de ser uma questão simples, é fato que muita evolução ainda é necessária acerca da recusa terapêutica do incapaz e, mesmo havendo tais orientações éticas, não se pode esquecer que a Constituição da República e a lei protetiva da pessoa com deficiência, hierarquicamente superior à Resolução do CFM, devem prevalecer em caso de conflito envolvendo a recusa terapêutica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia existencial da pessoa humana, como o viés do seu direito fundamental à liberdade mais realizador da sua dignidade, está garantida a todos, dotados ou não de plena capacidade civil, de modo que as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem fazer escolhas quanto à sua vida, em todos os seus aspectos físicos e psicológicos.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro garante às pessoas com deficiência mental ou intelectual, ainda que submetidas ao regime de curatela, o direito à recusa terapêutica, mas é fato que o exercício de tais direitos pode ensejar questões complexas, inclusive conflitos entre direitos fundamentais, a serem solucionados pela técnica da ponderação, mas sempre buscando preservar, o tanto quanto possível, a preservação da vontade do paciente, em preservação de sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ARQUETTE L. N., Alinne. Cuidados paliativos e direito à morte digna: a caminho da autonomia existência. In: CABRA, Hildeliza Boechat; VON-HELD, Andréa Rodrigues; DADALTO, Luciana. **Cuidados paliativos: estudos acadêmicos transdisciplinares**. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2018. p. 154-167.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo, v. 240. pp. 1-

42, Abr./Jun. 2005. Rio de Janeiro. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 02/03/2022.

A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: [https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em 02/03/2022.

Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em 01/03/2022.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Disponível em [https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/a\\_morte\\_como\\_ela\\_e\\_dignidad\\_e\\_e\\_autonomia\\_no\\_final\\_da\\_vida.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidad_e_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf). Acesso em 01/03/2022.

BRASIL. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. 108 p. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 01/03/2022.

BRASIL. Resolução CFM Nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Conselho Federal de Medicina, Brasília. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em 01/03/2022.

BRASIL. Resolução CFM Nº 1.995, de 09 de agosto de 2012. Conselho Federal de Medicina, Brasília. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 01/03/2022.

BRASIL. CFM esclarece pontos da Resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência. 02 de outubro de 2019. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=28459:2019-10-02-19-29-45&catid=3>. Acesso em 01/03/2022.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01/03/2022.

BRASIL. Presidência da República. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 01/03/2022.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais. Curitiba: Appris, 2018.

DADALTO, Luciana. Testamento vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo Lopes. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. In: Revista Direito GV v. 11 n. 2. São Paulo. Jul./Dez. 2015. [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322015000200649&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322015000200649&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em 03/03/2022.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra. In: Novos estud. - CEBRAP. N .85. São Paulo, 2009. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010133002009000300013](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002009000300013). Acesso em 02/03/2022.

HUPSEL, Francisco. Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2016.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade. [recurso eletrônico] 1.ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em <https://static.scielo.org/scielobooks/qdy26/pdf/mabtum9788579836602.pdf>. Acesso em 03/03/2022.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 16, n. 63, pp. 187-210, jan./mar. 2016. Belo Horizonte. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/48/523>. Acesso em 02/03/2022.

MEZZAROBBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional. In: Sequência. n.64. Florianópolis Jul/2012. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552012000100014](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100014). Acesso em 02/03/2022.

PEREIRA, Flávia Canto; COELHO, Helena Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Org. Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 159-164.

PRADO, Raul Rodrigues Valentim do; ABREU, Raiany Iasmim de; BOECHAT, Ieda Tinoco. Postura do médico em face da recusa de tratamento pelo paciente. In: Diretivas antecipadas de vontade: autonomia e dignidade do paciente. v. 2. Org. Hildeliza Boechat Cabral e Margareth Vetis Zaganelli. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2017. p. 98-111.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. In: Revista Direito GV. v. 15. n. 2. São Paulo, 2019. Epub Jul/2019. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000200204&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000200204&script=sci_arttext). Acesso em 01/03/2022.

SAMPAIO, Carolina Vasques; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Autonomia da pessoa com deficiência e os atos de disposição do próprio corpo. In: Revista Jurídica Cesumar. janeiro/abril 2018, v. 18, n. 1, pp. 133-157. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2018v18n1p133-157>. Disponível em

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6060/3186>. Acesso em 03/03/2022.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2019.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SÊCO, T. F. T. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. In: civilistica.com, v. 3, n. 2, p. 1-26, 23 maio 2018. Disponível em

<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/185>. Acesso em 03/03/2022.

SILVA, Erika Mayumi Moreira da. Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>. Acesso em 02/07/2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do ordenamento jurídico brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo de morrer. In: Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna. Coord. Adriano Marteleto Godinho, George Salomão Leite e Luciana Dadalto. São Paulo: Almedina, 2017. p. 363-386.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.