

Transfusão de sangue e o direito de escolha de tratamento: tempo de mudanças

Sebastião Alves Junqueira*

O antigo filósofo grego Heráclito disse: “A única coisa permanente são as mudanças.” Mudanças são uma constante na vida de todos nós.

Relembrando os últimos cinco ou 10 anos, vimos muitas mudanças positivas e negativas na ciência, na política, na sociedade e em outros campos. Com o Direito e com a Medicina não foi diferente, sendo que passaram e ainda passam por mudanças com incrível dinamismo.

Basta pensarmos, por exemplo, nas mudanças relativas aos direitos do paciente, em especial quanto à escolha de tratamento médico. No momento em que tanto se fala em direitos humanos e bioética e diante do amadurecimento atual de nosso ordenamento jurídico, cada vez mais são indiscutíveis os direitos de receber um tratamento médico qualificado e personalizado e a preservação da autodeterminação do enfermo.

Porém, quando a escolha de tratamento se dá em função de convicções religiosas, como no caso das Testemunhas de Jeová, que optam por tratamentos que não envolvam transfusões de sangue, parece que a história muda no Brasil e voltamos aos tempos pretéritos. Com efeito, ainda vemos decisões médicas e jurídicas calcadas em conceitos antigos sobre o tema e que parecem ser tomadas de maneira quase matemática (Testemunha de Jeová + internação = transfusão de sangue).

Tais decisões se apoiam em um suposto conflito entre direito à vida e religião, o qual é comumente solucionado pela exclusão do segundo em detrimento do primeiro. Esse raciocínio traz como premissa que o direito à vida envolve tão somente o aspecto biológico do ser humano e que a rejeição de transfusão de sangue é sinônimo de rejeição ao direito à vida.

Ocorre que a Carta Magna institui logo em seu artigo 1º, III o princípio máximo da Dignidade da Pessoa Humana, o que se reflete atualmente na interpretação

de qualquer outro direito em nosso ordenamento jurídico.

Ao interpretarmos à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana o direito à vida, artigo 5º, *caput*, concluímos que a Constituição Federal está a proteger o direito à vida humana digna, e não apenas sob seu aspecto biológico.

Essa visão ampla do direito à vida é abarcada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo ficado patente durante o julgamento envolvendo a Lei de Biossegurança na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0–DF constante dos votos dos ministros.

A partir disso, abre-se um leque e passamos a entender o direito à vida também como a possibilidade de a pessoa humana conduzir os seus assuntos particulares com autonomia, o que inclui a escolha de tratamento médico.

Com essas colocações em mente, temos observado que o paciente Testemunha de Jeová procura voluntariamente o hospital quando necessário e ao mesmo tempo em que rejeita intervenções que envolvam transfusão de sangue, aceita e busca outros tratamentos médicos. É exatamente por isso que temos a firme convicção que o tema em questão se situa no campo do direito de escolha de tratamento médico pelo paciente, nada tendo a ver com abdicação do direito à vida, eutanásia, direito de morrer, suicídio ou outro do gênero.

Assim, se a autonomia para escolha de tratamento médico é inerente à própria condição de humano (dignidade), então o que o paciente Testemunha de Jeová faz ao optar por outro tratamento médico que não envolva transfusão de sangue é exercer o seu próprio direito à vida humana.

Todas as escolhas do paciente, sejam elas relativas a tratamento médico ou a religião a ser professada, partem da mesma fonte, qual seja, o exercício do próprio direito à vida humana digna, de maneira que não há como se falar em colisão dos mesmos.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Proliferam decisões no país determinando o respeito à autonomia do paciente Testemunha de Jeová. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, durante o julgamento do Agravo 1.0701.07.191519-6/001, cassou uma decisão de concessão de tutela antecipada que autorizava a realização de transfusão de sangue forçada em paciente adulto e capaz.

O caso envolvia um paciente de 19 anos, internado em hospital público para tratamento de câncer no sistema linfático e que, diante de suas convicções religiosas, aceitou o tratamento quimioterápico com suporte não transfusional. O procedimento solicitado seria constituído de cuidados médicos à base de Eritropoetina, hormônio que atua na produção de glóbulos vermelhos, o que evitaria a terapia transfusional.

A equipe médica contactou o Ministério Público que, por sua vez, deflagrou ação civil pública com tutela antecipatória, alegando basicamente que o paciente correria risco de vida caso não fosse ministrada transfusão de sangue e, em havendo conflito de direitos fundamentais, *in casu*, vida x liberdade religiosa, o direito à vida deveria prevalecer, sendo a transfusão realizada sem o consentimento do paciente. Concedida a antecipação da tutela pelo juízo de 1.º grau, o paciente recorreu ao TJ/MG.

Reputando como legítimo o direito do paciente de escolher seu tratamento médico e ciente da existência de tratamento que poderia evitar o uso de hemocomponentes, o Tribunal entendeu que:

(...) o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. (*sic*) (...) É conveniente deixar claro que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer tratamento clínico, desde que não envolva a aludida transfusão.

A decisão esclareceu que os pacientes Testemunhas de Jeová não querem abdicar de seu direito de viver e procuram tratamento médico que esteja em harmonia com sua consciência. Essa decisão demonstra que é preciso repensar a aplicação da teoria

a respeito da colisão de direitos fundamentais e a prevalência do bem jurídico maior.

De fato, quando se fala em *indisponibilidade do direito à vida*, deve-se ter uma visão realista e adequada ao cotidiano e não tentar forçar em casos particulares conceitos absolutamente teóricos. Se assim não fosse, o Poder Público não toleraria o enorme número de mortes anuais no sistema de saúde em razão de negligência e falta de atendimento, bem como as vítimas do álcool ou tabagismo, práticas reconhecidamente letais, que se dão com seu aval.

Some-se ao raciocínio acima o fato de não existir meios técnicos de garantir 100% que, uma vez aplicada a transfusão de sangue, esta será eficaz ou *salvará a vida* do paciente, certo que muitos falecem logo após serem transfundidos.

O diagnóstico de iminente perigo de vida apto a ser revertido apenas com transfusão de sangue é na maioria das vezes extremamente volátil e varia de médico para médico. O que é iminente risco de vida para um médico pode não ser para outro, e se o sangue é a única alternativa para um médico, pode não ser para outro profissional mais qualificado cuidando do mesmo paciente.

Assim, parece-nos que um singelo relatório médico juntado à petição inicial dizendo que se aquele paciente não tomar sangue morrerá, não é o que deveria bastar para uma decisão juridicamente segura. De fato, a Medicina é uma ciência tão inexata quanto o Direito, e quantos de nós juristas já não mudamos de opinião ou corrente? Certamente tais decisões não podem ser matemáticas ou tomadas pela simples presença de um relatório subscrito por médico alardeando pela transfusão sanguínea, de maneira que a preservação do contraditório em processos judiciais que abranjam o tema sempre será bem vinda.

Também, pelo que se observa todos os dias estampado nos jornais e em estudos especializados, as transfusões de sangue comportam riscos inerentes (por contaminação e reação), o que certamente coloca em xeque o caráter salvador de vidas absoluto a que ainda se atribui vez por outra a essa terapia. Não são poucos os casos que enfrentamos em nosso Tribunal relativos a pedidos de indenização por pacientes contaminados pelo sangue.

Não se deve olvidar ainda que, com o advento do artigo 15 do Código Civil, criou-se a responsabilidade legal do médico colher o consentimento do paciente quando o procedimento recomendado gerar riscos para a vida ou a saúde. A terapia transfusional não é um procedimento isento de riscos, portanto, deve ser ministrada somente com o consentimento do paciente e a não observância da regra contida nesse artigo gerará responsabilidade civil do médico e da instituição de saúde.

Por todo o exposto, entendemos que a tese de colisão de direitos (vida x liberdade religiosa) no caso de Testemunha de Jeová que recusam transfusão de sangue deve ser abandonada, devendo, pois, o caso prático ser solucionado com harmonização dos direitos e não preponderância de um deles.

Isso na prática significa dizer que ao prover tratamento o Estado, o hospital e o médico devem adaptar a terapia ao indivíduo, buscando opções terapêuticas sem transfusão de sangue, e não esperar que o indivíduo se adapte à terapia inicialmente proposta. Neste norte, sabe-se que a Medicina evoluiu e atualmente possui um verdadeiro arsenal de terapêuticas e técnicas que dispensam ou evitam a transfusão de sangue, disponíveis inclusive na rede pública de saúde.

O artigo 196 da Constituição Federal garante o acesso amplo à saúde. Assim, ao se decidir judicialmente pela preservação da autonomia do paciente nesse caso, caberá ao médico e à unidade de saúde diligenciar em busca das opções terapêuticas ao uso do sangue (assim como se diligencia avidamente todos os dias diante de decisões judiciais que determinam fornecimento de medicamentos ou realização de cirurgias).

Para ilustrar, no Estado do Mato Grosso, em 2006, um paciente com 70 anos, necessitando submeter-se a uma cirurgia cardíaca, procurou os serviços públicos de saúde locais. Por ser Testemunha de Jeová, o paciente desejava que a cirurgia fosse realizada sem o uso de hemocomponentes. Todavia, o único médico a fazer cirurgia cardíaca pelo SUS localmente não dominava a técnica sem uso de transfusão de sangue.

No Estado de São Paulo, a mesma cirurgia era realizada, também pela rede do SUS, sem o uso da terapia transfusional, razão pela qual o paciente iniciou procedimento administrativo na Secretaria de Saúde a fim de obter sua transferência. Indeferido

o pedido, o paciente promoveu ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, solicitando sua transferência a fim de que o procedimento cirúrgico fosse realizado em outro Estado da Federação. Negada a tutela antecipatória, interpôs recurso de agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

O Desembargador Orlando de Almeida Perri, analisando as circunstâncias do caso no recurso 22395/2006, delimitou o âmbito da matéria ressaltando que:

(...) impõe-se esclarecer que não se está a debater ética médica ou confrontação entre o direito à vida e o de liberdade de crença religiosa. O que se põe em relevo é o direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa. (*sic*)

Derrubada, assim, a tese comumente utilizada sobre conflito entre direitos fundamentais do paciente (vida x liberdade religiosa), pois não era o caso.

Sem dúvida, seria estranho sustentar tal tese, porquanto o paciente estava procurando preservar sua vida, tanto que iniciou dois procedimentos (administrativo e judicial) para garantir seu acesso à saúde, porém, levando em consideração suas convicções pessoais. Em nenhum momento as convicções religiosas do paciente colocaram em perigo o seu *direito à vida*.

Focalizando a discussão no princípio da *dignidade da pessoa humana*, o julgador salientou que:

(...) não cabe à Administração Pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. (...) Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispensem-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. (...) Ora, havendo método cirúrgico substitutivo na comunidade médica, tem o recorrente o direito de obter da administração pública o fornecimento de meios para que possa realizar o procedimento fora de seu domicílio.

Uma decisão tomada com muito bom senso.

Por último, tradições e elementos culturais à parte, ponderaremos brevemente à luz de nossa

legislação a chamada *missão* ou *dever de salvar vidas* do médico.

Primeiramente é pacífico em nosso ordenamento que a Medicina é atividade de meio, tendo essa posição se sedimentado mediante inúmeros julgados que versam sobre responsabilidade civil na prática médica. Com efeito, a boa atuação do médico é aferida por se observar o emprego adequado e zeloso do tratamento escolhido pelo paciente e não pelo resultado desse.

Com exceção das cirurgias estéticas, não se exige que o médico apresente determinado resultado após o tratamento, sendo que o sucesso da terapia sempre estará vinculado a diversos fatores alheios como as reações do organismo de cada paciente, a gravidade do seu estado de saúde e outros.

Com isso em mente, atribuir ao médico a *missão de salvar vidas*, ou seja, uma obrigação de fim e que nem sempre está ao seu alcance pela incerteza inerente a qualquer tratamento médico, seria por demais injusto e contrário ao que se entende atualmente em nosso ordenamento jurídico.

É exatamente por ser atividade de meio que não há razão técnica-jurídica para enquadrar no crime de Omissão de Socorro (art. 135 do Código Penal) o médico que respeita a autonomia de um paciente e administra tratamentos não transfusionais. Isso porque o delito de Omissão de Socorro só se configura quando o médico, dolosamente, negar assistência médica ao paciente. Se o paciente está sendo tratado não há omissão de socorro.

Não se deve olvidar ainda que o Código de Ética Médica se trata de mera resolução administrativa do Conselho Federal de Medicina. Não sendo lei, não há como ser imposto a terceiros, sendo que eventual dever de *salvar a vida* por parte do médico se restringe tão somente ao seu campo moral ou deontológico.

Qualquer entendimento contrário estaria em afronta aos princípios constitucionais da autonomia e da legalidade (artigo 5º, II – *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*) e contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Na verdade, a frequente exaltação que vemos do Código de Ética Médica ou de outros atos dos Conselhos de Medicina, como se tivessem emanado do Poder Legislativo, acaba levando médicos a condutas absolutamente ilegais e até passíveis de reparação.

Conclusões

O paciente Testemunha de Jeová, ao escolher tratamento médico que não utilize transfusão de sangue, está exercendo o seu próprio direito à vida humana digna, não havendo qualquer conflito de direitos. Por aplicação do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, a solução estará na adequação da situação e na busca pelo médico, hospital e Estado de uma terapia alternativa à hemotransfusão que atenda às individualidades do paciente.

Da mesma forma, pelos riscos do sangue, pelas incertezas inerentes a qualquer tratamento e pela variação de diagnóstico entre os médicos, é difícil dizer que a transfusão é sinônimo de vida em determinada situação ou que recusá-la é rejeitar o *direito à vida*.

O respeito aos direitos do paciente e o fim do autoritarismo médico são realidades irreversíveis na sociedade moderna. Cabe ao operador do direito ficar atento a essas mudanças, visando assim prover uma prestação jurisdicional cada vez mais adequada ao seu tempo.