

DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE NA QUESTÃO DAS TRANSFUÇÕES DE SANGUE: UMA VISÃO FILOSÓFICA E DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

THE RIGHT OF PATIENT CHOICE IN THE QUESTION OF BLOOD TRANSFUSIONS: A PHILOSOPHICAL VIEW AND RECENT JURISPRUDENCE

DOI:

Nilson Roberto da Silva Gimenes

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) desde abril de 2016. Mestre em Direito Público pela UFBA desde fevereiro de 2006. Bacharel em Direito pela UFBA desde agosto de 1999.
EMAIL: nilsongimenes@yahoo.com.br
LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2246164996987784>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6828-6194>

RESUMO: Este artigo tem como objetivo empreender algumas reflexões filosóficas, baseadas principalmente nos ensinamentos de Jürgen Habermas, e que possam ser aplicáveis à resolução da questão do direito do paciente de recusar transfusões de sangue, à luz das ideias de autonomia da vontade, do respeito à individualidade, da laicidade do Estado e da racionalidade dialética segundo o modelo de ação comunicativa e também através da possibilidade subjetiva de formulação das pretensões universais de validade, para, em seguida, adotar a metodologia da análise de algumas decisões da jurisprudência brasileira recente que evidenciam uma mudança de posicionamento para o cultivo da empatia e do respeito à alteridade, o que implica na observância da aplicação destas reflexões na tomada de decisões a favor dos direitos do paciente quanto à opção de tratamento e à autodeterminação sobre o seu próprio corpo, seja ele atendido pelo serviço público de saúde ou pela iniciativa privada médica.

PALAVRAS-CHAVE: Reflexões Filosóficas. Direitos do Paciente. Jurisprudência. Transfusões de Sangue.

ABSTRACT: This article aims to undertake philosophical reflections based mainly on the teachings of Jürgen Habermas, and which may be applicable to the resolution of the question of the patient's right to refuse blood transfusions, in the light of the ideas of autonomy of the will, of respect for individuality, the secularity of the State and dialectical rationality according to the model of communicative action and also through the subjective possibility of formulating universal claims of validity, to then adopt the methodology of analysis of some recent Brazilian jurisprudence decisions that show a change positioning for the cultivation of empathy and respect for otherness, which implies the observance of the application of these reflections in decision-making in favor of the patient's rights regarding the treatment option and self-determination about your own body, whether he is attended by the public health service or by the private medical initiative.

KEY-WORDS: Philosophical Reflections. Patient Rights. Jurisprudence. Blood Transfusions.

SUMÁRIO 1 Introdução 2 Reflexões Filosóficas Pertinentes à Questão 3 Interpretação Jurisprudencial Recente sobre o Direito do Paciente de Escolha de Tratamento Médico 4 Considerações Finais 5 Referências

1 Introdução

O presente trabalho trata a respeito do direito do paciente de tomar decisões que envolvam o seu próprio corpo e de escolher um tratamento médico que não viole a sua consciência, no caso da recusa de transfusões de sangue. Primeiramente, será realizada uma reflexão filosófica que evidenciará a necessidade de se respeitar a autonomia da vontade do paciente, no contexto em que prevaleça a liberdade religiosa e a laicidade, com respeito à individualidade e onde, segundo as concepções filosóficas defendidas por Habermas, exista a oportunidade para o diálogo entre as diversas visões de mundo, o que também reflete a influência da racionalização da vida segundo o referencial da Modernidade na esfera dos povos que escolhem viver sob à égide do Estado de Direito.

Após esta etapa, o presente trabalho destacará importantes decisões da jurisprudência recente, em que se discutiu o direito do paciente de ter a autodeterminação sobre o seu próprio corpo e de conduzir sua vida como melhor lhe aprouver; o que também representa um reflexo da difusão cada vez maior das ideias filosóficas que serão esboçadas no artigo, além de como tal guinada na jurisprudência brasileira tem sido um reflexo do fortalecimento do regime de liberdade religiosa. O estudo dessas fontes primárias de pesquisa permitirá uma análise que ultrapasse os delineamentos teóricos, pois se verá como os casos práticos têm sido trabalhados.

O trabalho se serviu de fontes bibliográficas e de casos judiciais selecionados. Assim, optou-se pela utilização do método dialético para a solução do problema proposto, passando por uma discussão filosófica racionalista com base nas concepções teóricas já apontadas acima, mas com o acréscimo da empiria dos estudos de casos da Jurisprudência. Por fim, o artigo se justifica pela sua importância social, que continuará a existir até que se consiga substituir completamente as transfusões de sangue por

materiais e outras técnicas de tratamento.

2 Reflexões filosóficas pertinentes à questão

A filosofia, se for tomada com um olhar kantiano, se presta à investigação das seguintes questões: que posso conhecer? Que devo fazer? Que posso esperar? São perguntas que a razão, tanto no sentido especulativo quanto prático, está obrigada a responder por conta do seu próprio interesse. Vale pontuar que o pensamento de Kant exerceu uma influência filosófica significativa em Jürgen Habermas.

Quanto ao entendimento, este é definido como o poder de pensar o objeto que se sente pela intuição para que seja conhecido. O objeto não é pensado sem o entendimento, e nem será enxergado se faltar intuição. Portanto, em vista do fato do sujeito do conhecimento dar significação aos objetos, é necessário refletir sobre a autonomia da vontade do paciente para que se resolvam melhor os possíveis conflitos relacionados à questão das transfusões de sangue.

Para Kant, o Direito envolve “o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio dos demais segundo uma lei universal da liberdade”. Já o livre-arbítrio (ou liberdade) é o arbítrio determinado pela razão pura, que se opõe à razão determinada por uma condição ou inclinação (razão prática). Ainda que tal arbítrio seja influenciado pelos impulsos, não é determinado por eles, podendo ainda assim ser fruto da razão pura, que tem a faculdade de ser por si mesma prática. Percebe-se, com estas concepções, que liberdade e autonomia estão inseparavelmente ligadas entre si, e que a liberdade é condição indispensável do Direito.

A autonomia da razão prática é princípio ético fundamental de todas as leis morais e dos deveres conformados a ela. Para que uma vontade possa querer apenas por dever, não pode ela estar sujeita a uma lei estranha, pois precisa ser legisladora de si própria. Da autonomia da vontade aparecem tanto a Moralidade como o Direito. Disso resulta que a liberdade é um postulado para a razão prática, pois senão o imperativo categórico não faria sentido porque livre não seria o ser humano para agir. Ao mesmo tempo, verifica-se que no Direito o que importa é estar conforme a lei, e

isso quer dizer que a autonomia da vontade, aqui, nem sempre se efetiva, embora o Direito não seja alheio a ela.

O imperativo categórico como princípio da moralidade significa que a “vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa”. Assim, é falho sacrificar o princípio da moralidade em nome da felicidade própria. Fazer alguém feliz é diferente de torná-lo bom.

Portanto, um indivíduo não deveria violar o direito de escolha existencial de outro. A autonomia da vontade, referida mais acima, nem sempre se efetiva, mas isto é porque a liberdade não deve ser usada para prejudicar outras pessoas. Porém, este não é o caso do paciente que, de forma livre e esclarecida, escolhe não aceitar uma transfusão de sangue, porque esta decisão diz respeito ao seu próprio corpo.

Kant procurou reabilitar a filosofia por defender a razão contra o ceticismo. Mas ele não propõe um novo sistema metafísico, e sim, questiona sobre as próprias possibilidades da razão. É um exame crítico da razão, e não uma crítica destrutiva ou cética dela. Essencialmente, é não se dizer mais do que se sabe.

Ele não inventou uma nova moral. A inteligência, a faculdade de julgar e a coragem não são coisas boas em grau absoluto, pois seu valor depende do uso que o sujeito faz delas. Portanto, a felicidade também não é um bem em si, porque deve ser acompanhada da boa vontade do sujeito. A boa vontade é aquela que é boa em si mesma, é a vontade de agir por dever, não apenas conforme ao dever, mas por ter consciência de que se deve agir por dever mesmo sem inclinação para fazer coisas boas. Esse é um agir prático, que depende da razão.

Kant propõe um exercício difícil, contestado por muitos que criticam a ideia de razão e de racionalismo. Mas ele, no fundo, está preocupado em garantir a convivência pacífica entre todos como uma lei universal, possibilitando a vida em sociedade, cujos integrantes são diferentes entre si. A autonomia da vontade, defendida por ele, certamente é testada no caso da escolha por não se aceitar uma transfusão de sangue; mas violar o direito do paciente, neste contexto, é violar tal lei universal de convivência.

O Estado laico, assim, realmente deve ser tanto neutro como imparcial em

questões religiosas, e não hostil à religiosidade, pois esta pode ajudar os indivíduos a exercerem a racionalidade prática orientada para a tomada de decisões pessoais que contribuam para a garantia da convivência em sociedade; o que o Estado, sozinho, não consegue fazer, embora em parte o faça. A decisão de não aceitar uma transfusão de sangue é de foro íntimo. No Estado Laico, a religiosidade é um fenômeno da vida privada – não cabe ao Poder Público estabelecer visões de mundo corretas e erradas.

Mesmo com a ascensão da pandemia da Covid-19, é fundamental respeitar a autonomia da vontade do paciente. Não se evitará a transmissão do vírus por se tentar forçar alguém a receber uma transfusão de sangue. Também deve ser dito que a transfusão de plasma, que por alguns tem disso defendida para ajudar pacientes a serem curados da doença, é passível de questionamentos, além do fato de que nenhum material sanguíneo deve ser liberado para transfusão sem terem sido feitos testes rigorosos para evitar o uso de sangue contaminado, além do fato de que muitas pessoas simplesmente não podem ser doadoras de sangue por conta de serem portadores de doenças crônicas ou por causa da idade. E com o excesso de pacientes e a superlotação de leitos hospitalares, não é racional gastar o estoque dos hemocentros – o uso racional do sangue é que é recomendado, ou seja, quanto menos se gastar bolsas de sangue e dos seus componentes primários, melhor será para evitar a pressão por demanda.

É de interesse aqui que Hegel formulou o princípio “dos novos tempos” modernos: a subjetividade - uma estrutura relacionada em si própria que significa a “liberdade da subjetividade”, expressão com quatro conotações: a) individualismo – “a singularidade infinitamente particular pode fazer valer suas pretensões”; b) direito de crítica – é preciso que algo colocado perante todos se mostre legítimo para cada um; c) autonomia da ação – que é querer responder pelo que se faz, e; d) a própria filosofia idealista. Os momentos centrais que estabeleceram o princípio foram a Reforma, o Iluminismo e a Revolução Francesa.

A subjetividade é um princípio que mina a religião, mas não tem força suficiente para regenerar no “médium” da razão o poder unificador da religião. Portanto, nem

mesmo as artes, nas suas diversas manifestações (música, cinema, televisão, teatro, literatura, pinturas, esculturas, fotografias), possuem o poder unificador da religião. O interesse individual de pertencimento a uma religião deve ser respeitado pelos demais.

Outra questão filosófica a ser discutida no que toca à liberdade é sobre a ideia de verdade. Esta, segundo Habermas, é uma expectativa de validade fundamentada na argumentação. A afirmação verdadeira é a que se dá com consenso razoável no contexto de um discurso teórico. Assim, será considerada veraz a fala em que o falante não engana a si mesmo nem aos outros. A fala, portanto, precisa ser sincera. A justeza das ações é a regra que deve ser seguida por quem profere o discurso.

O indivíduo religioso acredita defender uma verdade. Aplicando a lição de Habermas ao campo da liberdade religiosa, é preciso garantir a liberdade de expressão religiosa para que este sujeito tenha oportunidade de argumentar pacificamente em prol de suas pretensões de validade. Isso inclui a decisão de aceitar ou rejeitar transfusões de sangue. Tal decisão não deve ser entendida como rejeição dos tratamentos médicos em geral, muito menos como querer exercitar o direito de morrer, porque não é esta a intenção desse tipo de paciente.

Para Habermas, há quatro tipos de agir: a) o agir teleológico, orientado a uma finalidade, que visa à realização de um objetivo, sendo um agir estratégico; b) o agir normativo, que se refere a grupos orientados por valores comuns; c) o agir dramático, que se reporta à representação expressiva de si mesmo ou de um papel diante do público; e d) o agir comunicativo, que diz respeito ao entendimento discursivo entre os sujeitos .

Para ele, há duas formas de comunicação: a ação comunicativa ordinária e o discurso. No agir comunicativo se pressupõe, com ingenuidade, a validade das conexões de sentido para a permuta de informações. Já o discurso é crítico, pois problematiza as pretensões de validade, e nele não há troca de informações. O discurso tenta reconstruir um acordo problematizado que existiu na ação comunicativa ordinária, superando-o para que se tenha uma compreensão legitimada; e é um tipo de ação comunicativa em que os participantes visam primariamente fundamentar suas

pretensões de validade.

O mundo vivido é a condição universal de toda comunicação mediada pela linguagem. Ele é um a priori de sentido que se forma no processo de interação social, portanto, na intersubjetividade, inserido que está na sociabilidade do entendimento pela mediação linguística. O mundo é sujeito a falhas por ser um a priori historicamente gestado, e, por isso, não será fácil a interação entre as pessoas. A razão é situada (comunicativa), pois levanta sua voz em pretensões de validade, ao mesmo tempo dependentes do contexto e transcendentais.

Qualquer agente comunicativo pode levantar pretensões universais de validade e deve pressupor a sua legitimação. Para isso, deve se expressar compreensivamente, se fazer entender, ter a intenção de comunicar um conteúdo proposicional verdadeiro e querer realmente expressar suas intenções para que o ouvinte possa acreditar nele, o que ocorrerá quando o falante escolhe uma forma justa de proferir um discurso, de acordo com as normas e valores que são admitidas para a elaboração do mesmo .

A fim de atingir os objetivos acima, o sujeito se serve da argumentação para exercitar a racionalidade comunicativa. Através da argumentação é que podem ser tematizadas as pretensões controversas de validade com a meta resolvê-las ou criticá-las com argumentos. Com isso, é trabalhada a motivação dos ouvintes diante de tal exteriorização problemática.

As pretensões de validade do agir comunicativo são a verdade, a correção (em referência a normas), e a veracidade. Pode ser acrescentada a pretensão de inteligibilidade, embora nem todas as obras de Habermas incluam esta última. Para que estas condições possam ser aceitas, é necessário aceitar a racionalidade do oponente num diálogo, mesmo que o exame de seus enunciados tenha um resultado negativo.

Para ele, a palavra escrita é superior a falada. Há um comportamento de certa forma ingênuo das pessoas na ação comunicativa, ao passo que no “discurso” são trocadas “razões e argumentos a fim de examinar pretensões de validade que se tornaram problemáticas. E esse discurso tem por finalidade deixar vir à tona a ‘coação

não-coativa' do melhor argumento". Os pressupostos pragmáticos da argumentação são: a inclusão de todos que possam dar uma contribuinte relevante; a distribuição igual das liberdades comunicativas entre todos; a condição da sinceridade de quem fala; e a ausência de constrangimentos externos ou que residam no interior da estrutura de comunicação. É bom lembrar, porém, que a pressuposição da ausência de coação na estrutura do processo de comunicação é diferente das relações interpessoais que se estabelecem fora de tal prática comunicativa.

O processo de permitir que a argumentação venha reflexivamente à tona, com a inclusão de todas as pessoas que podem dar contribuições relevantes, também se aplica ao caso das transfusões de sangue. O paciente religioso deve ser considerado como alguém que pode contribuir para uma Medicina com tratamentos mais avançados e com redução de riscos. E para o médico, é uma oportunidade de demonstrar empatia e de exercitar o respeito pela alteridade.

Os conteúdos apreendidos pela razão não são obrigatoriamente uma perda semântica em relação à fé; na verdade elas podem auxiliar no diálogo entre as diferentes crenças. Tal diálogo é necessário entre pacientes, médicos e intérpretes do Direito. A pretensão de universalidade do paciente, que acredita que o comportamento de não aceitar uma transfusão de sangue é o correto porque conforme a uma verdade divina, é uma convicção sincera que não deve ser desprezada. A decisão sobre o que fazer com o próprio corpo e como conduzir a própria existência deve ser respeitada, independente das consequências dessa decisão.

A esfera pós-metafísica não é necessariamente pós-cristã nem oposta à religião. Ela é a diversidade moral da contemporaneidade que impossibilita a narrativa metafísica universal, e que oportuniza a investigação para entender a dinâmica das relações entre os diversos grupos religiosos no campo árduo das pluralidades. Contudo, é preciso lembrar que a religião ainda é possuidora de reserva semântica para nortear o debate moral.

Há, assim, uma resignificação dos conteúdos religiosos, e, portanto, ao invés de um esvaziamento dinâmico, rigorosamente o que há é um processo de

transformação da religião. A Modernidade é um processo em curso e a religião permanece dentro deste âmbito, sem mudar de lugar, mas sim, assumindo uma nova forma de se expressar.

A racionalidade nas religiões é sobretudo de índole prática, pois se presta à elaboração de conteúdos éticos comportamentais. A racionalidade prática de Habermas parte de três aspectos diferenciadores encontrados em Max Weber: 1) a racionalidade instrumental, que se refere à utilização de meios e seu critério de eficácia é o emprego de meios para dadas finalidades; 2) a racionalidade efetiva, que se refere à eleição de fins e pode ser mensurada pela correção com que as finalidades são selecionadas por se levar em conta os valores, além dos meios e das condições contextuais; 3) e a racionalidade normativa, que tem como referência se orientar por valores, sendo mensurada pela força sistematizadora e unificante e pela capacidade de penetração desses valores como guia para as ações sociais .

Neste momento, vale lembrar que Weber não se propôs a responder o que é “religião”, mas ele ofereceu uma plataforma de estudo das “ações mágico/religiosas” e seus múltiplos desdobramentos sociais. Sua sociologia das religiões se funda na “orientação do sentido do agir”, tendo dimensões material e simbólica.

Responder o que é religião é muito difícil, por isso, ela passa a ser estudada como um fenômeno que se manifesta na dimensão da existência humana, isto é, em vez do foco ser a definição do que é religião, o estudo se centra em como as pessoas vivenciam suas religiões. As religiões enquanto instituições ainda possuem sentido para muitos. O Iluminismo não suprimiu definitivamente as noções de religião do âmbito acadêmico e nem da vida secular. Por exemplo, o que Kant fez foi retirar a metafísica da epistemologia, trazendo-a para o campo da moralidade, mas isso não implicou em negar a metafísica ou a religião.

É importante notar que as ciências foram beneficiadas pelas religiões de populações minoritárias (algumas estudadas por Weber), e outras que delas se derivaram, pelo crescimento da liberdade de pesquisa, provocado pelo crescimento da pluralidade religiosa. Afinal, a insistência em se apegar a princípios religiosos, mesmo

que contra o arbítrio estatal, levou ao crescimento dos direitos individuais e à maior liberdade de pensamento, mesmo fora da esfera religiosa, beneficiando também as ciências.

Da mesma forma, no caso específico da escolha por não aceitar a ministração de transfusões de sangue por motivos religiosos, vários cientistas médicos, ao longo dos anos, têm desenvolvido pesquisas que buscam conciliar a vontade do paciente com suas necessidades de saúde, o que resultou na criação e/ou aperfeiçoamento de diversas opções terapêuticas substitutas das transfusões. Esses tratamentos acabam por beneficiar o público em geral, porque contribuem para diminuir a demanda por bolsas de sangue nos hemocentros, reduzem o risco de infecções transmitidas pelas transfusões, além de reduzirem até mesmo a possibilidade de um erro médico que é até mais perigoso que a transmissão de infecções: dar uma transfusão de sangue do tipo errado para o paciente. Este é um erro de consequências nefastas e que continua a ocorrer no mundo inteiro, e a forma mais eficaz de evitá-lo é por reduzir ao máximo a quantidade de bolsas de sangue transfundidas.

A racionalização weberiana tem dois aspectos: a racionalização “por baixo” ou social, que implica na especificação da economia capitalista; e a racionalização “por cima” ou cultural, que continuamente especifica as esferas axiológicas da ciência, moral e arte. A racionalização progressiva do mundo é *conditio sine qua non* da modernidade. A perda da força das tradições culturais na Modernidade só foi possível por conta do “potencial evolutivo das religiões universais”, não apenas delas, mas por elas, se for considerada a “dimensão ética” da racionalização.

Apesar da enorme força do capitalismo, que em sua forma pura não é solidário, é por conta de a religião emprestar de fora ao sistema econômico o valor da solidariedade que faz com que ela consiga sobreviver no sistema de capital. Acrescente-se que, na atual crise de legitimação do capitalismo tardio, se a religião não mais atuasse na vida de muitas pessoas, os problemas de condução da humanidade poderiam estar ainda maiores.

Ainda assim, Luc Ferry defende que, sem acreditar em Deus, a pessoa pode

buscar na filosofia a “salvação por si mesmo” de forma “lúcida”, e não “cega”, como na religião. A filosofia ensina a pessoa a aprender a viver sem temer a morte, a vida cotidiana, o tédio, o tempo que passa. Ele acrescenta que “as grandes respostas filosóficas” sobre “como se aprende a viver” continuam presentes, ao contrário das teorias científicas mutáveis.

Para ele, a religião faz com que as pessoas sejam crianças perante Deus; e, ao acalmar as angústias do ser humano diante da morte, acaba sacrificando a liberdade de pensamento porque a razão deve ser trocada pela fé. É de se questionar, porém, se o ser humano se tornaria mais livre sem religião, e mais ainda, se a religião tornaria as pessoas “crianças”. Será que grandes intelectuais que eram tipicamente religiosos, como Isaac Newton e Michael Faraday, foram crianças? Assim, o paciente adulto que recusa uma transfusão de sangue deve ser tratado como um adulto, e não como uma “criança” em sentido mental.

Neste passo, ainda cabe explicar sobre o termo “razão”, que pode ter uma dupla significação: subjetiva e objetiva ou ontológica. Na acepção subjetiva, a razão se constitui no conjunto de princípios universais voltados para o conhecimento e a ação. “A razão no sentido subjetivo é aquilo através do que se diz a objetividade do mundo, o mundo em seu movimento, ou ainda o trabalho do mundo sobre si”. Já na acepção objetiva, a razão é “razão de ser”, princípio que forma a conexão necessária e universal das coisas. As duas acepções formam um laço indissolúvel.

O racionalismo é uma atitude que visa objetivos pragmáticos. Já a racionalidade tem a ver com a institucionalização social, sendo a ação racional produzida apenas pelo controle das ações mediante as ideias. E o processo de racionalização é a origem e institucionalização das condutas orientadas pela racionalidade formal.

Sobre o Judaísmo e o Cristianismo neste processo da racionalidade, para Hannah Arendt, a contribuição histórica dada foi a de valorizar a vida ao substituir a vida política estatal pela individual. Ela pontua, porém, que o Cristianismo valoriza a vida contemplativa em vez da vida activa – a vida, não o mundo, é o bem maior, e a Modernidade assim seguiu.

Já Habermas esboça sobre o princípio moral “U”, fundado pela ética do discurso: “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências... que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos” (grifos do autor). Enquanto os juízos morais possuem conteúdo cognitivo, essa Ética refuta o ceticismo ético e contesta a suposição básica do relativismo ético. “U” é uma regra que elimina, a título de conteúdos não passíveis de universalização, todas as orientações axiológicas concretas. Não é uma ética de conteúdo, é procedimental, e visa a imparcialidade da formação do juízo.

A ética procedimental referida acima informa aos médicos, juízes e representantes do Ministério Público, que eles não devem julgar as convicções morais do paciente por violar a sua decisão informada e esclarecida, de não aceitar sangue. Interferir nessa esfera é promover o relativismo ético acima descrito, ou, em outras palavras, é simplesmente desconsiderar todo o repositório de moralidade que fundamenta a existência de quem se encontra na condição de paciente, mas que continua sendo a mesma pessoa de antes da hospitalização.

Esta boa convivência é essencial para a discussão sobre o direito de escolha do paciente em aceitar ou não uma transfusão de sangue, pois evitará que se queira determinar, numa visão de fora para dentro, o que é melhor para o paciente, quando sua autonomia da vontade deve ser respeitada, dentro de sua visão de mundo que deve partir de dentro para fora.

3. Interpretação Jurisprudencial recente sobre o Direito do paciente de escolha de tratamento médico

Após as considerações filosóficas feitas acima, serão analisadas algumas decisões recentes da Jurisprudência que se relacionam com o debate levantado por este artigo, esclarecendo que houve uma seleção de casos para evitar análises repetitivas de acórdãos com situações fáticas ou argumentações semelhantes.

O primeiro caso é o do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001, julgado pela 1ª Câmara Cível¹. O agravado estava com câncer no sistema linfático e se encontrava sob tratamento quimioterápico no Hospital das Clínicas de Uberaba, e recusou transfusão de sangue por ser Testemunhas de Jeová, sustentando sua capacidade de tomar suas próprias decisões com fundamento nos direitos de liberdade religiosa e de consciência.

A decisão rejeitou o argumento de que o Ministério Público (MP) seria parte ilegítima para aforar a ação contra o paciente, porém, é interessante que o Tribunal alertou que o MP precisa ter postura comedida para ter precisão quando a vida humana estará sob risco de perecimento definitivo, a fim de não se transformar “em senhor do que é certo e errado no âmbito da autodeterminação de cada pessoa”. Esta consideração está de acordo com a autonomia da vontade defendida por Kant e a ética procedimental e comunicativa de Habermas.

A decisão evidencia a necessidade de não se estabelecer uma relação autoritária entre o Estado e o indivíduo titular de diversos direitos fundamentais. Não se deve assumir uma interpretação ortodoxa sobre o direito à vida porque este direito tem de estar associado ao princípio da dignidade humana, já que a vida não se resume à existência biológica, mas também engloba os valores morais, espirituais e psicológicos da pessoa.

O acórdão também desenvolveu como linha de raciocínio que existiam, conforme provado nos autos do processo, opções terapêuticas que poderiam evitar as transfusões sanguíneas no caso. Por fim, é lembrado que não existe regra legal que

¹ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça De Minas Gerais. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº1.0701.07.191519-6/001**. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Julgamento: 14/08/2007. Publicado: 25/10/2007. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=14&totalLinhas=27&paginaNumero=14&linhasPorPagina=1&palavras=transfusão%20sangue&pesquisarPor=acordao&orderByData=1&dataJulgamentoInicial=01/01/2007&dataJulgamentoFinal=31/12/2007&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20referências%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 11 jul. 2018.

obrigue a pessoa a se submeter a qualquer tratamento médico. O Agravo foi provido a favor do direito do paciente.

Outro caso paradigmático é o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através do Agravo de Instrumento nº 70032799041/2009, julgado pela 12ª Câmara Cível², que julgou não caber ao Estado “salvar a pessoa dela própria” quando sua escolha não implica em violação de direitos de outras pessoas. O acórdão considerou que a paciente tinha o direito à autodeterminação sobre o seu corpo, e violar isso atentaria contra a sua dignidade. A questão, portanto, não era de ponderação de direitos fundamentais. A paciente sabia do risco de perder a vida, mas a morte não era o seu desejo. O Estado laico é conformado pelo valor do pluralismo - seus cidadãos o direito de viver de acordo com suas diferentes crenças.

A decisão fez uma interessante comparação com a situação de uma mulher que luta até à morte para não ser estuprada. Ninguém deveria dizer que ela queria morrer, mas sim, que ela valorizou sua liberdade sexual mais do que a própria vida. Esse exemplo também serve para evidenciar que o “direito à vida” não é um valor absoluto na Constituição. A mulher pode optar por morrer para reagir contra outra pessoa que tente violar o seu corpo. O caso da recusa de transfusão de sangue foi considerado semelhante. O acórdão destacou que, tanto sob o ponto de vista jurídico quanto filosófico, a vontade pessoal não deve ser desprezada.

Da mesma forma, a decisão alude à situação em que um paciente pode optar por não se submeter a um tratamento que vá prorrogar sua vida por alguns meses, mas que

² RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 12ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70032799041/2009.** Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel. Julgamento: 06/05/2010. Publicado: 03/08/2010. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em:

www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032799041%26num_processo%3D70032799041%26codEmenta%3D3657411+++++transfus%C3%A3o+de+sangue+inmeta:adj%3D2010&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=juris&oe=UTF-8&numProcesso=70032799041&comarca=Caxias%20do%20Sul&dtJulg=06/05/2010&relator=C1%C3%A1udio%20Baldino%20Maciel&aba=juris> Acesso em: 26 jul. 2018.

resultará em doloroso e prolongado sofrimento. Respeitar a sua vontade é privilegiar a observância do princípio da dignidade humana, mesmo que pareça haver violação do direito à vida.

O acórdão acima, se for olhado pela ótica filosófica de Habermas, levou em conta a pretensão de universalidade da paciente, que acredita sinceramente em sua convicção religiosa, e respeitou a sua decisão sobre o seu próprio corpo e de condução da sua existência. Também levou em consideração que a esfera pós-metafísica não impõe uma narrativa como sendo a universal, o que possibilita entender a dinâmica das relações no contexto plural.

Já a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, no Agravo de Instrumento nº 22395/2006, discutiu sobre se um paciente atendido pela rede pública de saúde teria direito a fazer o Tratamento Fora de Domicílio (TFD), pelo motivo de não existir opção terapêutica às transfusões de sangue no local onde se encontrava. O respeito à liberdade religiosa prevalece sobre a ideia de uma suposta isonomia entre pacientes em geral, porque não cabe insistir que alguém tenha de se submeter a um tratamento que simplesmente ele não pode se obrigar a seguir por causa dos seus valores religiosos em detrimento de sua dignidade³.

Um caso semelhante ao acima, mas que envolveu um plano privado de saúde, foi julgado pelo tribunal estadual paulista, no Agravo de Instrumento nº 0573992-88.2010.8.26.0000. A paciente já estava em tratamento para câncer e havia conseguido encontrar opção terapêutica em São Paulo. Os procedimentos cobertos pelos planos de saúde não podem sofrer limitações quando o paciente ainda se encontra em tratamento. O acórdão considerou que o direito à vida seria violado se não houvesse a

³ MATO GROSSO. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 22395/2006.** Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida. Julgamento: 31/05/2006. Publicado: 10/07/2006. Cuiabá: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, 2006. Disponível em: <jurisprudencia.tjmt.jus.br/home/RetornaDocumentoAcordao?tipoProcesso=Acordao&id=71559&colegi_ado=Segunda> Acesso em 20 jul. 2018.

cobertura do tratamento alternativo pelo Plano, e não porque a paciente recusou transfusões de sangue⁴.

A relação entre o médico e o paciente, como se evidencia nestes dois últimos casos, mudou. Se no passado prevalecia a ideia de que o médico geralmente sabia o que era melhor para o paciente, hoje, com base no princípio da autonomia, o paciente discute com o seu médico as possibilidades de tratamento, e procura também outras opiniões médicas sobre o assunto. A ascensão dos tratamentos alternativos quebra a tradição do uso das transfusões de sangue; este fenômeno recebe um certo impulso das necessidades de um tipo específico de paciente, o religioso que não aceita transfusões de sangue, e isso não se distancia do debate weberiano da perda da força das tradições culturais na Modernidade por causa da atuação de forças religiosas que influenciaram a discussão ética do processo de racionalização. Tal razão, que desemboca na ética procedimental de Habermas, continua se operando na ideia de se viver como se acredita, postulada pelas minorias religiosas que lutaram pela liberdade na Europa e que também foram a habitar os Estados Unidos, grupos esses que Weber tanto estudou. E o Procedimento, assim, serve para estabelecer um padrão ético universal de respeito ao livre-arbítrio, em vez de o Estado-juiz colocar conteúdo do que será ou não aceito como visão geral de mundo.

O último caso a ser analisado foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de Embargos Infringentes à Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. O que há de especial é que a controvérsia envolveu um menor de idade (com 10 anos à época), a vontade dos pais, e a discussão sobre tratamentos alternativos⁵.

⁴ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 0573992-88.2010.8.26.0000.** Relator: Des. Ribeiro da Silva. Julgamento: 06/04/2011. Publicado: 13/04/2011. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5058636&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_f7bc796932ca45f0b03b7e1fd318d7fb&v1Captcha=YNQX&novoVICaptcha=>> Acesso em: 21/07/2018.

⁵ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Seção do TRF-4. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6.** Relator: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Julgamento: 13/03/2008. Publicado: 08/04/2008. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2008.

O recurso foi parcialmente provido porque o Tribunal aceitou apenas que fosse utilizado um dos tratamentos alternativos requeridos, a eritropoetina, ou EPO (substância que, quando aplicada, acelera a produção de glóbulos vermelhos pelo corpo do paciente), e não acolheu o pedido para a utilização de outra medicação cuja eficácia não estava cientificamente comprovada (pelo menos até o momento em que foi julgado o recurso), além de ter sido esta considerada de custo vultoso para a Saúde Pública.

A função da EPO, conforme ressaltou o Acórdão, seria a de minimizar o uso de hemoderivados, pois poderia ser utilizada no lugar das transfusões de sangue quando não houvesse o quadro de anemia aguda, já que é um medicamento de eficácia comprovada. Isso mesmo se mantendo a possibilidade de ministrar transfusões contra a vontade dos pais.

Embora o Acórdão não tenha mencionado sobre a autonomia parental, que se refere à possibilidade de os pais tomarem as decisões que entenderem como as melhores para os seus filhos, é de se concluir que a Decisão em parte levou a vontade dos pais em consideração. Se havia a possibilidade de se utilizar algo que substituísse o tratamento com sangue, então não se deveria impor um sacrifício tão grande ao direito de liberdade religiosa da família.

Outra questão é que, ainda que o Acórdão tenha afirmado que uma criança de 10 anos não teria condições de manifestar sua própria vontade, não se deve esquecer que um ser humano com essa idade já está formando sua visão de mundo, não podendo ser comparado a um bebê, por exemplo. Tal criança terá plena lembrança dos acontecimentos quando alcançar a maioridade. Suponha-se que ela sobreviveu ao tratamento da doença e seguiu a religião dos seus pais (não há como se inferir aqui esta informação, pois o caso é de 2008). Sem dúvida, essa agora jovem adulta deve se sentir melhor em saber que o Poder Judiciário agiu para tentar conciliar o direito à liberdade

Disponível

em:

<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2056636> Acesso em: 27 jul. 2018.

religiosa com outras questões que estavam envolvidas no caso. O julgador precisa levar em consideração as consequências de sua decisão, inclusive de fundo psicológico, levando em consideração que são diversas as concepções de vida.

Ainda sobre este caso, pode ser dito que houve um esforço de se seguir os passos da argumentação pragmática de Habermas: levar em conta a opinião dos pais e até mesmo os sentimentos de uma criança que já tinha dez anos de idade como uma contribuição relevante a ser levada em conta na tomada da decisão judicial, com distribuição igual da liberdade de diálogo entre a família e os médicos que tinham uma opinião divergente dos pais, e tentar deixar de fora os constrangimentos externos ou que residiam no interior dessa estrutura de comunicação, visto que houve reforma parcial de decisão anterior que havia sido proferida totalmente contra a vontade dos pais da criança.

Portanto, com a análise desses casos, o que se vê é que o objeto temático da autonomia do paciente, que por um espaço considerável de tempo foi pouco compreendido pela Jurisprudência brasileira, passou a ser melhor intuído na acepção kantiana do termo. E quando um objeto passa a ser intuído, se torna melhor conhecido e, principalmente, compreensível, abrindo espaço para o exercício da empatia diante de uma outra cosmovisão. É o alcance do que a filosofia denomina como o *entendimento*.

4. Considerações Finais

A filosofia é, por si mesma, questionadora do que se pode conhecer, do que se deve fazer e o que esperar dos desafios da convivência humana. E se o Direito é composto do conjunto de condições que possibilitem o exercício do livre-arbítrio de cada um em conciliação com o arbítrio dos demais, então a liberdade é indispensável ao Direito.

A autonomia da vontade não pode estar sujeita a uma lei estranha, porque precisa ser legisladora de si própria. Assim, não cabe violar o direito de escolha existencial de outra pessoa. O paciente que, de forma livre e esclarecida, escolhe não

aceitar uma transfusão de sangue, deve ser respeitado, porque esta decisão diz respeito ao seu próprio corpo, o que não viola o livre-arbítrio dos demais.

O Estado deve ter uma atitude neutra e imparcial em questões religiosas, sem se colocar como opositor da religiosidade. É preciso garantir a liberdade de expressão religiosa para que o indivíduo tenha oportunidade de argumentar pacificamente em prol de suas pretensões de validade, o que inclui aceitar ou rejeitar um específico procedimento médico.

Qualquer pessoa, quando se comunica, pode levantar pretensões universais de validade, tendo a oportunidade de se expressar, se fazer entender e ser sincero nos seus conteúdos. Para que tais condições aconteçam, é necessário aceitar a racionalidade do oponente num diálogo, e este é necessário entre pacientes, médicos e intérpretes do Direito. A pretensão de universalidade do paciente que não aceita uma transfusão de sangue porque conforme a uma verdade divina, é uma convicção sincera, e sua decisão de como conduzir a própria existência deve ser respeitada. Também vale destacar que tal paciente deve ser considerado como alguém que pode contribuir na construção de uma Medicina com tratamentos mais avançados e com menos riscos para a população em geral.

As decisões dos tribunais trabalhadas neste artigo ressaltam a necessidade de avaliação cuidadosa para que não se estabeleça uma relação autoritária entre o Estado e o indivíduo que é titular de direitos fundamentais. A interpretação sobre o direito à vida tem de estar intimamente associada à noção de dignidade humana, já que a vida não se resume à existência biológica, mas também aos aspectos morais, espirituais e psicológicos do ser humano.

Obrigar uma pessoa a tomar uma transfusão de sangue contra a sua própria vontade foi comparado ao estupro. O paciente tem, assim, o direito de resistir à violação do seu próprio corpo. Também não há diferença para o caso de um paciente que, por outros motivos, escolhe não se submeter a um tratamento desgastante que vá prorrogar por um tempo sua vida em troca de maior sofrimento.

A relação entre o médico e o paciente mudou. Se antes se achava que o

médico geralmente sabia o que era melhor para o paciente, hoje, com base na autonomia, o paciente discute com o seu médico as possibilidades de tratamento, e procura também outras opiniões. A ética procedimental, assim, serve para estabelecer um padrão universal de respeito ao livre-arbítrio, em vez de se tentar determinar o será ou não aceito como visão de mundo.

Finalmente, o que se verifica nessa recente guinada jurisprudencial é que o objeto jurídico e filosófico da autonomia do paciente passou a ser melhor intuído, conhecido e, principalmente, compreensível, o que dá lugar à aplicação empática do Direito frente às formas diferentes de pensar e de agir de outros seres humanos.

5. Referências

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Religião e modernidade em Habermas. São Paulo: Loyola, 1996.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo, Posfácio de Celso Lafer 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Seção do TRF-4. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. Relator: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Julgamento: 13/03/2008. Publicado: 08/04/2008. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2056636> Acesso em: 27 jul. 2018.

DEKENS, Olivier. Compreender Kant. Tradução de Paula Silva. São Paulo: Loyola, 2012.

FERRY, Luc. Aprender a viver: filosofia para os novos tempos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. 2ª ed. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

O discurso filosófico da modernidade. Tradução de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Teoria do Agir Comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. Revisão de Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LACROIX, Alain. A razão: análise da noção, estudo de textos: Platão, Aristóteles, Kant, Heidegger. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LEITE, Flamarion Tavares. 10 lições sobre Kant. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 22395/2006. Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida. Julgamento: 31/05/2006. Publicado: 10/07/2006. Cuiabá: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, 2006. Disponível em:

<jurisprudencia.tjmt.jus.br/home/RetornaDocumentoAcordao?tipoProcesso=Acordao&id=71559&colegiado=Segunda> Acesso em 20 jul. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Julgamento: 14/08/2007. Publicado: 25/10/2007. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2007. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=14&totalLinhas=27&paginaNumero=14&linhasPorPagina=1&palavras=transfusao%20sangue&pesquisarPor=acordao&orderByData=1&dataJulgamentoInicial=01/01/2007&dataJulgamentoFinal=31/12/2007&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20referencias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 11 jul. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996.

PASCAL, Georges. Compreender Kant. Tradução de Raimundo Vier. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

REESE-SCHÄFER, Walter. Compreender Habermas. Tradução de Vilmar Schneider. 3ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 12ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70032799041/2009. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel. Julgamento: 06/05/2010. Publicado: 03/08/2010. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em:

<www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032799041%26num_processo%3D70032799041%26codEmenta%3D3657411+++++transfus%C3%A3o+de+sangue+inmeta:adj%3D2010&proxstylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=juris&oe=UTF-8&numProcesso=70032799041&comarca=Caxias%20do%20Sul&dtJulg=06/05/2010&relator=Cl%C3%A1udio%20Baldino%20Maciel&aba=juris> Acesso em: 26 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 0573992-88.2010.8.26.0000. Relator: Des. Ribeiro da Silva. Julgamento: 06/04/2011. Publicado: 13/04/2011. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5058636&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_f7bc796932ca45f0b03b7e1fd318d7fb&vICaptcha=YNQX&novoVICaptcha=>> Acesso em: 21/07/2018.

SCHUCK, Neivor. Fé e saber em Habermas: a reserva semântica da religião na sociedade secularizada. Dissertação - Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

SELL, Carlos Eduardo. Max Weber e a racionalização da vida. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

Como citar:

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. Direito de escolha do paciente na questão das transfusões de sangue: uma visão filosófica e da jurisprudência recente. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 32, p. 1-23, ano 2022. DOI: (endereço do DOI desse artigo).