

Direitos Humanos dos Pacientes Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue compulsória em decisões judiciais no Brasil

Jehovah's Witnesses Patients's Human Rights and Mandatory Blood Transfusion in Judicial Decisions in Brazil

Denise G.A.M. Paranhos*
Aline Albuquerque**

Resumo

O objetivo deste artigo é, a partir do referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes (DHP) e da posição da Corte Europeia de Direitos Humanos, problematizar o uso dos direitos à vida e à privacidade em transfusão de sangue de pacientes Testemunhas de Jeová, por meio da análise de decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro. Metodologicamente, realizou-se estudo da literatura sobre os DHP e foi feita análise de decisões proferidas pela Corte Europeia e da jurisprudência brasileira sobre o tema. Concluiu-se que os DHP são adequados para subsidiar decisões judiciais em processos que envolvem pacientes Testemunhas de Jeová e pedido de transfusão sanguínea forçada.

Palavras-chave: Direitos humanos dos pacientes; Corte Europeia de Direitos Humanos; Poder Judiciário brasileiro; paciente Testemunha de Jeová; transfusão sanguínea.

Abstract

The aim of this article is, based on the Human Rights of Patients reference and the position of the European Court of Human Rights, to problematize the use of the rights to life and privacy in blood transfusion of Jehovah's Witnesses patients, through the analysis of decisions handed down by Brazilian Judicial Courts. Methodologically, it was carried out a study of the literature on HRP, the analysis of decisions made by the European Court and the Brazilian jurisprudence on the subject. It has been concluded that HRP are adequate to support court decisions in cases involving Jehovah's Witness patients and the request for a forced blood transfusion.

Keywords: Human Rights of Patients; European Court of Human Rights; Brazilian Judicial Court; Jehovah's Witness patient; blood transfusion.

Como citar este artigo:

PARANHOS, Denise G. A. M.; ALBUQUERQUE, Aline. Direitos Humanos dos pacientes testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue compulsória em decisões judiciais no Brasil. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 85/94.

* Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília – Cátedra Unesco. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Analista Judiciário da Justiça Federal - Seção Judiciária de Goiás. Goiânia/GO, Brasil. E-mail: paranhos.denise@uol.com.br.

** Pesquisadora Visitante do Instituto Bonavero de Direitos Humanos da Universidade de Oxford. Pós-Doutora em Direitos Humanos e Pesquisadora Visitante do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex, Inglaterra. Pós-Doutora em Direito Humano à Saúde e Pesquisadora Visitante no Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Emory, Estados Unidos. Professora Credenciada da Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília e do Curso de Especialização em Bioética da Cátedra Unesco de Bioética. Professora de Direitos Humanos do UniCEUB. Professora do Curso de Especialização em Direito Médico da UERJ, do Curso de Especialização em Direito Sanitário da Fiocruz. Professora de Direitos Humanos da Pós-Graduação do UniCEUB. Pesquisadora Associada do Núcleo de Diplomacia e Saúde da Fiocruz. Advogada da União. Brasília/DF, Brasil. E-Mail: alineoliveira@hotmail.com.

Data da submissão:

21/02/2019

Data da aprovação:

24/02/2019

Introdução

Os direitos dos pacientes, fundamentados essencialmente nas concepções de autodeterminação e de dignidade, surgiram na década de 1970 e foram amplamente reconhecidos legalmente nos anos 1990. Sendo assim, pode-se afirmar que houve um movimento global no sentido de assegurar, via lei, os direitos dos pacientes na medida em que se constatou a imperiosidade de se mediar juridicamente as relações constituintes dos cuidados em saúde. Para ilustrar o fenômeno da normatização dos direitos dos pacientes, utiliza-se como exemplo algumas das leis sobre o tema no âmbito da América do Sul, tais como as da Argentina (Lei nº 26.529/2009), da Bolívia (Lei nº 3.131/2005), do Chile (Lei nº 20.584/2012), da Colômbia (Lei nº 1.751/2015), do Equador (Lei nº 77/1995), do Peru (Lei nº 26.842/1997 e Lei nº 29.414/2009) e do Uruguai (Lei nº 18.335/2008) (PARANHOS, 2018). Nesse sentido, agrega-se que as leis sobre os direitos dos pacientes têm o importante papel de comunicar valores e educar a sociedade, assim, contribuem para a promoção de alterações culturais e acarretam maior segurança jurídica na ambiência dos cuidados em saúde (HERRING, 2009). Desse modo, o escopo central de uma lei de direitos dos pacientes é o de prevenir e coibir os abusos perpetrados nas relações de cuidados em saúde, na medida em que, além de modificar padrões culturais de cuidados socialmente naturalizados, os pacientes passam a ter instrumentos legais assecuratórios de seus direitos, de modo a prevenir discriminações, violências e ofensas de seus direitos no contexto dos tratamentos e procedimentos de saúde.

Diante da lacuna normativa atualmente verificada no Brasil, tem-se a problemática em torno da transfusão de sangue compulsória de pacientes Testemunhas de Jeová levada a cabo por meio de decisões judiciais, conforme será demonstrado neste artigo. Com efeito, como não há lei no Brasil que assegure ao paciente o direito de recusa a procedimentos e tratamentos, que se fundamenta no direito humano à privacidade, tem-se recorrentemente a determinação judicial de transfusão de sangue compulsória. De certo que se a lei de direitos dos pacientes existisse, essa questão estaria sendo decidida sob outra ótica, a do direito à privacidade e à autodeterminação dos pacientes Testemunhas de Jeová (ALBUQUERQUE, 2016). Desse modo, atualmente, em face da ausência de lei, instituições de saúde e profissionais da saúde propõem ações judiciais visando que o Poder Judiciário lhes confira amplo poder de ação quanto aos rumos terapêuticos, e vêm obtendo êxito.

Além da ausência de lei balizadora da problemática em torno do direito do paciente Testemunha de Jeová, outro fator que concorre para o cenário hodierno da atuação disseminada do Poder Judiciário brasileiro, quanto à negação do seu direito de recusa, é a visão do paciente como objeto de ação médica e não como sujeito de direitos e ator central do cuidado em saúde. Tal fator emerge, no Brasil, do predomínio do Modelo Paternalista e da não introdução do Modelo do Cuidado Centrado no Paciente (PARANHOS; ALBUQUERQUE, 2018) na formação dos profissionais de saúde, nas políticas públicas de saúde e na prática das unidades de saúde. Na mesma direção, produziu-se jurisprudência no país no sentido de que as relações jurídicas travadas entre os profissionais de saúde e pacientes são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, impregnado pela lógica do mercado, e não pelo referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes, regido pela lógica do cuidado (MOL, 2008). O referencial dos DHP (ALBUQUERQUE, 2016) (COHEN; EZER, 2013) fundamenta-se em aportes teóricos e na produção dos órgãos internacionais de direitos humanos, tais como as Cortes, Comitês e Conselhos dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. No presente caso, o referencial dos DHP será desenvolvido com base nos estudos de Albuquerque (2016) e na posição da Corte Europeia de Direitos Humanos, doravante Corte Europeia, sobre o direito à vida e o direito à privacidade nos cuidados em saúde.

Diante desse cenário, este artigo tem como escopo problematizar o uso do direito à vida e do direito à privacidade no caso da transfusão de sangue compulsória de pacientes Testemunhas de Jeová por meio da análise de duas decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, objetiva-se examinar a adequação da decisão judicial no caso dos pacientes Testemunhas de Jeová que envolvem transfusão de sangue compulsória ao referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes, particularmente ao direito à privacidade, que integra o arcabouço teórico-normativo dos DHP. Optou-se pelo direito à privacidade pelo fato de dele decorrer o direito de recusa do paciente, entendido neste artigo como o direito central na problemática em análise, rechaçando, assim, a incidência do direito à vida. Consequentemente, tem-se o desiderato de demonstrar que

o referencial dos DHP se revela adequado para subsidiar decisões judiciais em processos que envolvem pacientes Testemunhas de Jeová e o pedido de sua transfusão de sangue forçada.

Registra-se que este artigo não versa sobre paciente juridicamente incapaz, ou seja, não trata de adulto declarado judicialmente incapaz, bem como de criança ou adolescente. Esse recorte metodológico funda-se no fato de que a reflexão teórico-normativa sobre o adulto incapaz, a criança e o adolescente mobiliza direitos humanos distintos dos ora abordados nesta pesquisa. Ademais, sob o ponto metodológico, este artigo implicou a realização de pesquisa teórica e documental. Inicialmente, estudou-se a literatura sobre o referencial dos DHP, amparado, sobretudo, nas pesquisas de Cohen e Ezer (2013) e Albuquerque (2016). Em seguida, analisou-se as decisões proferidas pela Corte Europeia sobre o tema do direito à vida e o direito à privacidade no contexto dos cuidados em saúde e o Caso das Testemunhas de Jeová de Moscou e Outros vs. Rússia; Avilkina e Outros vs. Rússia; e Hoffman vs. Áustria, considerados *leading cases* sobre Testemunhas de Jeová na Corte Europeia (MARTÍNEZ-TORRÓN, 2017) (NÉILL, 2017). Para se levar a cabo o objetivo de aplicar o referencial dos DHP às decisões judiciais oriundas do Poder Judiciário brasileiro, foi realizada pesquisa de precedentes judiciais sobre o tema, por meio da ferramenta “Jurisprudência Unificada”, a qual abarca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Turma Nacional de Uniformização e Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Como critério de busca, foram utilizadas as palavras “testemunha, Jeová, transfusão”, tendo sido encontrados nove registros, sem lapso temporal predeterminado. Destes, foram excluídos os casos de pacientes não capazes, bem como aqueles em que houve extinção do processo sem resolução do mérito. Dessa forma, sob o critério de busca eleito, restaram duas decisões judiciais. Reconhece-se que no plano do Poder Judiciário dos estados há um número elevado de casos envolvendo transfusão de sangue compulsória e pacientes Testemunhas de Jeová, contudo, este artigo tem como objetivo ilustrar a aplicação do referencial dos DHP à temática e não demonstrar o número de decisões ou de analisar como o Poder Judiciário brasileiro vem se posicionando sobre o tema.

Registre-se que a partir das decisões identificadas, busca-se examinar o tema a partir de um referencial novo no Brasil, o dos DHP, de forma a demonstrar o seu grande potencial na tarefa de trazer subsídios às complexas decisões que envolvem os direitos dos pacientes. Para tanto, este artigo se encontra estruturado da seguinte forma: inicialmente, aborda o conteúdo do referencial dos DHP, com base nas decisões da Corte Europeia; após, tem-se a exposição dos casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário relativos à recusa de transfusão de sangue por pacientes Testemunha de Jeová. Passa-se, a seguir, à apresentação do referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes.

A transfusão de sangue compulsória dos pacientes Testemunhas de Jeová sob a ótica do referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes

O referencial dos DHP refere-se à aplicação dos direitos humanos previstos em tratados e declarações internacionais no contexto dos cuidados em saúde, e foi elaborado como resposta ao discurso crescente sobre a necessidade de proteção dos direitos dos pacientes, violados de forma ampla e severa no cenário das relações de cuidados em saúde (COHEN; EZER, 2013). O referencial dos DHP constitui-se por princípios, como os da dignidade humana, da autonomia relacional, do modelo do cuidado centrado no paciente e da responsabilidade do paciente, e pelos seguintes direitos: direito à saúde; direito de não ser discriminado; direito à vida; direito a não ser submetido a tratamento desumano e degradante; direito à privacidade; direito à liberdade e direito à informação (ALBUQUERQUE, 2016). O conteúdo de cada um desses direitos é conferido por meio de estudos teóricos e da jurisprudência internacional, construída no âmbito do Sistema da Organização das Nações Unidas – ONU e dos Sistemas Regionais Interamericano, Europeu e Africano de Direitos Humanos que, a partir das atividades efetuadas por seus órgãos constituintes, produzem documentos diversos, como comentários, recomendações gerais, relatórios, diretrizes e observações finais, que constituem a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos (ALBUQUERQUE, 2016). Desse modo, neste artigo emprega-se as decisões da Corte Europeia para conferir conteúdo ao direito humano à privacidade dos pacientes Testemunhas de Jeová submetidos à transfusão de sangue compulsória.

Embora a análise das decisões judiciais empreendida neste artigo não envolva o princípio do modelo do cuidado centrado no paciente, esse princípio, que integra o referencial dos DHP, é relevante para a compreensão da questão em torno do paciente Testemunha de Jeová, por isso será abordado sinteticamente. As relações em saúde são complexas, razão pela qual o profissional deve ultrapassar as barreiras do tecnicismo e da ciência para atingir a linguagem do paciente, compreender suas necessidades, desejos e expectativas, estabelecer uma relação de confiança, informar de forma adequada, ouvir e acolher o paciente como ser único e central da terapêutica (STEMPSEY, 2015). Atualmente, estimula-se, cada vez mais, a diminuição das assimetrias nas relações de cuidados, mediante o envolvimento dos pacientes no tratamento e o compartilhamento das decisões entre profissionais da saúde, pacientes e familiares. Acredita-se que decisões tomadas em conjunto trazem à tona o real desejo dos pacientes, além disso, o tratamento com mais evidências científicas nem sempre é aquele que atende aos desejos do doente (GUSTAVSSON; SANDMAN, 2015), ou seja, aquilo que o paciente necessita, sob o ponto de vista médico, pode não corresponder ao que deseja. Um dos grandes óbices à diminuição das assimetrias e ao maior compartilhamento das decisões sobre os cuidados reside justamente nos dissensos existentes entre o que os pacientes querem e o que os profissionais de saúde julgam mais adequado (PARANHOS; ALBUQUERQUE, 2018), devendo haver, por parte do Poder Judiciário, uma ampliação do olhar e maior sensibilidade acerca dos limites da intervenção estatal na vida privada e no direito de autodeterminação dos pacientes.

Quanto aos direitos que estão implicados no tema objeto deste artigo, isto é, o tema relativo à transfusão de sangue compulsória de pacientes Testemunhas de Jeová, esse não guarda qualquer relação com o direito à vida, apartando-se, assim, da argumentação comumente levada a cabo no Brasil. Com o intuito de evidenciar a não incidência do direito à vida no presente caso, é importante compreender as obrigações decorrentes do direito à vida dirigidas ao Estado. Conforme o arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos, o direito à vida enseja três obrigações para o Estado: o dever de não suprimir a vida de alguém; o dever de investigar e punir as mortes, observando-se o devido processo legal; e o dever de adotar medidas que previnam mortes evitáveis (ALBUQUERQUE, 2016). Essas obrigações podem ser pormenorizadas da seguinte forma: a) o Estado tem o dever de não adotar políticas, programas e leis que suprimam a vida dos seus jurisdicionados; b) o Estado tem o dever de investigar e punir as mortes contrárias ao ordenamento jurídico; c) o Estado tem o dever de prevenir mortes previamente sabidas como passíveis de serem evitadas, tais como a mortalidade materna, a mortalidade infantil e a prevenção do suicídio. Assim, sob o prisma dos direitos humanos, a única hipótese em que o Estado pode fazer uso do direito à vida contra a autodeterminação e a integridade da própria pessoa titular do direito diz respeito à tentativa de suicídio. Assim, do marco do direito à vida não se extrai a legitimidade do Estado para obrigar pacientes a tratamentos e procedimentos que não desejam. No Caso Keenan vs. Reino Unido, de 2001, a Corte Europeia assentou pela primeira vez a atuação do Estado em casos de pessoas em risco de suicídio. No caso citado, a mãe da vítima alegou que o suicídio de seu filho foi provocado pela falha das autoridades estatais em proteger a vida dele na prisão (RIETIKER, 2018). Importante destacar que dessa obrigação positiva de prevenir mortes evitáveis não se atribui ao Estado a responsabilidade por todos os suicídios cometidos em seu território. Essa obrigação cinge-se às pessoas que se encontram sob a custódia do próprio Estado, como o caso de pessoas privadas de liberdade ou que se encontram no serviço militar (AKANDJI-KOMBE, 2018).

No Brasil, constata-se uma confusão entre a obrigação de prevenção do suicídio e o caso dos pacientes Testemunhas de Jeová. Para se desfazer tal imbróglio, cabe pontuar que a recusa do paciente Testemunha de Jeová de não se submeter a determinado procedimento é a mera expressão do direito de qualquer paciente de decidir sobre seu próprio corpo e sua saúde, conforme sua vontade e preferências. É inaceitável qualquer analogia entre o exercício do direito à autodeterminação e o direito de se tratar conforme seus valores e crenças e a intencionalidade suicida. Com efeito, o paciente Testemunha de Jeová não somente não deseja a transfusão e busca de forma significativa manter a sua vida por meio de outro procedimento médico que lhe assegure a vida. Desse modo, os pacientes Testemunhas de Jeová têm, por décadas, desenvolvido uma relação cooperativa com a comunidade médica (WILCOX, 1999), buscando incessantemente a autopreservação (FORD, 2016). Salienta-se que a recusa de tratamentos médicos não é analisada internacionalmente como uma tentativa de suicídio, havendo um consenso acerca da distinção patente entre adotar ações positivas para suprimir a vida e a mera recusa a submeter-se a tratamento/procedimento de preservação da saúde (FORD, 2016). Em síntese, o direito à vida não confere permissivo ao Estado para obrigar o paciente a determinado procedimento ou tratamento, mesmo quando a recusa

pode eventualmente conduzir o paciente a uma situação de risco de morte, na medida em que não há a intencionalidade do paciente em sua morte, ao contrário, a busca de tratamento alternativo expressa a condução da própria vida conforme suas escolhas pessoais.

Tratando-se do direito à privacidade dos pacientes, esse direito se alicerça no princípio da não ingerência, formulado por J. Stuart Mill, segundo o qual o poder do Estado ou da sociedade apenas pode ser exercido perante um indivíduo contra a sua vontade, quando se objetivar prevenir um dano a outrem. Como afirma Mill (2017), no que diz respeito ao seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano. O princípio da não ingerência traz em si a liberdade negativa do indivíduo, que significa a não interferência dos outros nos assuntos da vida e do corpo de cada um, comando fundamental para salvaguardar as escolhas pessoais da ingerência do Estado e da sociedade (ALBUQUERQUE, 2018). Do princípio da não ingerência extrai-se a vedação ética globalmente compartilhada de qualquer procedimento ou tratamento médico involuntário quando se trata de paciente adulto capaz. Ainda, do direito à privacidade deriva-se o direito de recusa do paciente. O direito à privacidade abarca a autonomia pessoal, que consiste na condução da própria vida, conforme suas escolhas individuais, baseada em crenças, valores e preferências pessoais. Inclusive, tal direito pode contemplar condutas danosas e perigosas (CEDH, 2002), como, por exemplo, o direito que as pessoas têm de colocar suas vidas em risco quando praticam esportes radicais. Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte Europeia, mesmo quando a escolha pessoal implicar ameaça à saúde ou à vida do indivíduo, a escolha deve ser respeitada (CEDH, 2002). A ideia de que a integridade corporal deve ser protegida de qualquer intervenção desautorizada foi incorporada às legislações ocidentais desde a Idade Média (ALBUQUERQUE, 2016).

No âmbito da Corte Europeia, com relação ao direito à privacidade, sublinha-se que não pode haver interferência de qualquer autoridade pública no exercício desse direito, à exceção das hipóteses legalmente previstas, voltadas a assegurar a segurança pública e nacional e a estabilidade econômica do país, para prevenir a desordem e os crimes, bem como para proteção da saúde, da moral, dos direitos e da liberdade de terceiros. Ademais, o direito ao respeito pela vida privada abarca o direito à integridade pessoal, tanto física quanto psicológica, o direito à autonomia e ao desenvolvimento pessoal, assim como o direito de estabelecer e desenvolver relações sociais (HERRING, 2016). Assim, o direito do paciente de recusar tratamento se entrelaça com uma série de direitos humanos consistindo, inclusive, na expressão do direito à integridade pessoal, na medida em que a adoção de procedimento médico infringe a regra da inviolabilidade do corpo humano.

Atualmente, as legislações sobre direitos dos pacientes preveem o direito ao consentimento e à recusa do paciente, como, por exemplo, Dinamarca, Estados Unidos, Reino Unido, França, Itália, Canadá, Austrália e outros (EUROPEAN UNION, 2016). Pode-se asseverar que há um consenso legal internacional no sentido de que todo procedimento/tratamento médico condiciona-se ao consentimento informado do paciente. Assim, a realização de procedimento/tratamento sem o consentimento do paciente é considerado um ato ilícito (FORD, 2016). Nesse sentido, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adotada na esfera do Conselho da Europa em 1997, estabeleceu em seu Artigo 5º que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento informado” (EUROPEAN COUNCIL, 1997). Assim, é importante ressaltar que o direito à recusa é a outra face do direito ao consentimento, ou seja, o paciente apenas tem o direito de consentir quando pode não consentir. Portanto, não há dissenso internacional de que o paciente não pode ser obrigado pelo Estado a se tratar, com fundamento no princípio da não intervenção e no direito à privacidade. Particularmente, no que tange aos pacientes Testemunhas de Jeová, não há motivação para lhes suprimir o direito de recusa, conferido a todos os pacientes capazes. Ademais, não cabe ao Estado e aos médicos julgarem as razões subjacentes à recusa do paciente Testemunha de Jeová, porquanto todos os pacientes têm direito de recusar procedimentos e tratamentos sem qualquer justificativa. Nesse sentido, o Comitê Nacional de Bioética da Itália assentou que o médico deve se abster de adotar procedimento terapêutico contra a vontade dos pacientes Testemunhas de Jeová e o Comitê Consultivo de Bioética pontua que o médico tem a obrigação ética de respeitar a recusa da transfusão de sangue em qualquer situação (PETRINI, 2014).

Quanto aos *leading cases* da Corte Europeia sobre Testemunhas de Jeová, inicia-se por meio do Caso Testemunhas de Jeová de Moscou e Outros vs. Rússia, no qual a Corte Europeia fixou que todo adulto tem direito de decidir se deseja ou não aceitar tratamento médico, mesmo

que a recusa possa causar dano à sua saúde ou mesmo a sua morte prematura. A Corte Europeia estabeleceu que a recusa à transfusão de sangue não se assemelha ao suicídio, isto é, “os pacientes Testemunhas de Jeová apenas realizam uma escolha quanto aos procedimentos médicos, e continuam desejando se recuperar e não excluem todos os tratamentos” (CEDH, 2010). Ainda, “não há qualquer base para equiparar essa situação ao encorajamento ao suicídio” (CEDH, 2010). Assim, conforme a Corte Europeia, as pessoas têm direito de conduzir sua própria vida da maneira que escolherem, o que inclui atividades e comportamentos arriscados. A Corte Europeia concluiu que mesmo nos casos em que a recusa da transfusão de sangue conduzir o paciente à morte, a imposição de tratamento médico sem o consentimento do paciente capaz é violação ao seu direito à privacidade e à integridade física. A Corte Europeia decidiu que o paciente adulto capaz é livre para decidir se deseja ou não se tratar ou aceitar transfusão de sangue. No Caso Avilkina e Outros vs. Rússia, a Corte Europeia assentou que a recusa do paciente com base em motivações religiosas não deve ter particular importância, na medida em que todos os pacientes têm direito a recusar o tratamento. Por fim, no Caso Hoffman vs. Áustria (CEDH, 1993), a mãe de duas crianças, ao se divorciar, ficou com a guarda das mesmas, contudo, a Corte Austríaca decidiu que o fato de ser Testemunha de Jeová poderia causar potencialmente danos aos filhos em razão da questão atinente à transfusão de sangue. A Corte Europeia sentenciou que a decisão da Corte Austríaca viola o direito à privacidade e o direito de não ser discriminado, à medida que fazer qualquer distinção baseada tão somente na religião é inaceitável (CEDH, 1993). Embora esta decisão não seja especificamente sobre transfusão de sangue compulsória, se mostra importante pelo fato da Corte Europeia lançar luz sobre atitudes discriminatórias em relação às Testemunhas de Jeová, notadamente quando se trata da expressão religiosa que recai sobre a transfusão de sangue.

A abordagem de tais direitos e de seus respectivos aportes teóricos será realizada no campo concreto, a partir da análise das decisões judiciais levantadas e à luz do referido referencial dos DHP, conforme item que se segue.

Análise de decisões judiciais sobre a transfusão de sangue compulsória dos pacientes Testemunhas de Jeová à luz do referencial dos Direitos Humanos dos Pacientes

Registra-se, inicialmente, que o presente artigo não tem por objeto os aspectos religiosos que envolvem a recusa de paciente Testemunha de Jeová à transfusão de sangue, porquanto tem-se como enfoque o direito à privacidade do paciente e a obrigação estatal correlata, bem como a não incidência do direito à vida, conforme explanado no item antecedente.

O primeiro caso diz respeito à decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o indeferimento do pedido do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás de realização da transfusão de sangue recusada pelo paciente. A juíza de 1º grau apresentou os seguintes argumentos: existência de conflito entre dois princípios constitucionais fundamentais, quais sejam: o direito à vida e o direito à crença religiosa; que a liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, alcançando também a possibilidade do indivíduo adepto a determinada religião de orientar-se segundo as posições por ela estabelecidas. Em sede recursal, o Tribunal acolheu a pretensão da instituição de saúde, com base nas seguintes motivações:

“(...) Nesse sentido, é preciso considerar que a ordem constitucional, se interpretada na plenitude de sua visão teleológica, nega atitudes conducentes ao repúdio ao direito à própria vida, tanto é que a legislação infraconstitucional inadmitte a prática de eutanásia e, bem assim, reprime o induzimento ou auxílio ao suicídio.

De outra parte, razão assiste à Agravante ao sustentar que o direito à vida é um bem indisponível, cuja proteção incumbe ao Estado e que “a realização da transfusão sanguínea pretendida afigura-se como única forma de efetivação de tal direito, neste caso concreto”.

Não há dúvida de que a norma constitucional estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), sendo certo, também, que a Lei 8.080/90 preceitua, em seu

art. 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

É imperioso, ao se realizar a ponderação dos dois direitos postos em confronto, dar-se preponderância e prevalência ao direito à vida, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo este, sem sombra de dúvida, primário e antecedente a todos os demais direitos. Inarredável, assim, a meu ver, a conclusão de que se deve impor, na situação em concreto, a prevalência do direito à vida do paciente”.

Constata-se que no cotejo dos princípios constitucionais, o Tribunal considerou que a inviolabilidade do direito à vida, presente no art. 5º da Constituição Federal, teria prioridade sobre todos os demais. A partir da decisão judicial em comento, constata-se que, na ponderação entre o direito à liberdade de crença e o direito à vida, confere-se prevalência a este segundo. A perspectiva holística das relações de cuidados em saúde a partir dos DHP amplia a visão culturalmente restrita e paternalista que permeia tais relações e impõe aos pacientes decisões sobre seu corpo e sua vida a despeito da sua vontade e preferências. Diferentemente da interpretação dada à Constituição Federal de 1988 pelo Tribunal, no sentido de que a supremacia do direito à vida impede o paciente de exercer o direito de recusar um tratamento e o obriga a se submeter ao que os profissionais da saúde consideram mais adequado, o arcabouço teórico-normativo dos DHP sustenta, na esteira da Corte Europeia, que a questão não deve ser examinada à luz do direito à vida, pois de tal direito não deriva a obrigação/possibilidade da autoridade judicial de impor ao paciente determinado tratamento. Ademais, o direito à vida apenas pode ser empregado como justificativa para restringir a autonomia do seu titular quando esse estiver em risco de suicídio.

Ainda que o direito à vida seja um pré-requisito para o desfrute dos demais direitos, no âmbito dos cuidados em saúde apenas em situações excepcionais se recorre a tal direito para justificar a atuação estatal contra a vontade do próprio titular do direito. Destaca-se que mesmo em casos que digam respeito à eutanásia e ao suicídio assistido, ou seja, a atos relativos à terminalidade da vida, a Corte Europeia entende que não se tem a incidência do direito à vida, mas sim do direito à privacidade. Com efeito, de acordo com a jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tais questões estão relacionadas ao direito à privacidade e ao seu corolário, o direito à autodeterminação, ou seja, o direito que o paciente tem de conduzir sua vida de acordo com as suas próprias escolhas (ALBUQUERQUE, 2016). Na esfera dos cuidados em saúde, a despeito da obrigação que o Estado tem de proteger a vida, tal dever relaciona-se a atos de terceiros que atentem contra a vida das pessoas, não se podendo ampliar tal direito a ponto de negar ao paciente o direito de fazer escolhas sobre o seu tratamento, ou seja, de conduzir a própria vida segundo sua vontade e preferências. Quando se trata de paciente capaz, descabe a substituição da sua vontade pela da autoridade estatal, pois essa hipótese seria uma invasão ilegítima do Estado na esfera privada.

O direito ao respeito pela vida privada encontra-se fortemente imbricado com as relações de cuidados em saúde. Segundo Albuquerque (2016), o paciente tem direito de conduzir sua vida, sem se sujeitar a interferências em seu corpo e em suas escolhas, salvo nos casos expressamente previstos pela lei, conforme antes mencionado. Desse modo, é dever do Estado proteger o paciente de interferência dos profissionais da saúde e de autoridades judiciais. Nesse sentido, não é aceitável a afirmação de que, na ponderação de dois direitos, tais como o direito à vida e à liberdade (uso equivocado, pois se trata do direito à privacidade), deva prevalecer o primeiro. Primeiramente, não se trata de ponderação de dois direitos do mesmo titular, mas sim do dever do Estado decorrente do direito à privacidade de respeitar a recusa do paciente e não se imiscuir nas suas decisões sobre o próprio corpo e saúde. Conforme apontado, o paciente Testemunha de Jeová não pretende se matar ou abreviar a sua vida, logo, a sua condição não tem qualquer relação com a eutanásia ou o suicídio.

No que tange ao direito à saúde, empregado como argumento para a decisão do Tribunal, sustenta-se que descabe o recurso a tal direito no caso dos pacientes Testemunhas de Jeová e transfusão de sangue compulsória. Isso porque, conforme o marco referencial internacional do direito à saúde – o Comentário Geral 14/2002, elaborado pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU – o direito à saúde consiste no direito aos determinantes sociais da

saúde e a bens e serviços de saúde (ALBUQUERQUE, 2016). Desse modo, não guarda qualquer relação o direito à saúde com a temática acerca da recusa de transfusão de sangue por parte dos pacientes Testemunhas de Jeová.

A outra decisão judicial objeto desta análise distingue-se substancialmente da primeira. No que tange ao caminho processual, foi determinada pelo juízo de 1º grau a transfusão de sangue compulsória, decisão esta que foi reformada pelo Tribunal e posteriormente confirmada em recurso de apelação. No referido processo, uma paciente acometida de leucemia linfoblástica aguda, em razão de sua convicção religiosa, Testemunha de Jeová, recusou, mediante declaração escrita e verbal, tratamento médico que estabeleceu a transfusão de sangue e optou por tratamento médico diverso e alternativo. Em desacordo com a sua vontade, foi proferida no processo de origem decisão antecipatória da tutela para autorizar o procedimento forçado de transfusão sanguínea, provimento judicial que, no entanto, foi suspenso por força de decisão proferida pelo Tribunal. Embora na decisão do Tribunal tenha pesado o fato de existir tratamento alternativo à transfusão de sangue (no caso, a paciente estava em uso do medicamento Eritropoietina para a correção da anemia), é possível observar, na decisão, uma evolução jurisprudencial quanto ao reconhecimento dos direitos humanos dos pacientes. Para modificar a decisão de 1º grau, o Tribunal conferiu ênfase ao direito à privacidade expresso no reconhecimento da “opção de escolha” e do “pleno exercício da sua capacidade de expressão e manifestação da vontade”, conforme os fundamentos a seguir transcritos:

“(...) 1. A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamental, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. 2. É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal. 3. Com relativa frequência o Poder Judiciário é chamado a dirimir conflitos que remontam a profundos e complexos questionamentos subjetivos e dúvidas existenciais, e dizem respeito à própria finitude humana, contudo, a grande envergadura dessa missão não pode resultar em omissão na direção legal a ser adotada, mas exige pronta e efetiva resposta, que também deve ser erigida à expressão da relevância inserida no conflito de bens caros, essenciais e igualmente agasalhados pela Constituição Federal. (AG 0017343-82.2016.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TRF1 – SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA: 08/07/2016)”.

Da leitura do inteiro teor do julgado, verifica-se que o Tribunal divergiu do antecedente acerca da colisão do direito invocado pela paciente com o direito à vida, bem como apontou aspectos importante a serem considerados nas relações de cuidados em saúde e que se amoldam ao referencial dos DHP. Em suas ponderações, o Tribunal destacou alguns aspectos relevantes ao se abordar a temática: a) necessidade de se atentar para a capacidade e discernimento do paciente no momento de expressar a sua vontade; b) que a decisão deve ser expressa, ou seja, não se pode presumir a recusa de tratamento; c) a vontade deve ser atual, revogável, livre de interferências indevidas e manifestada logo antes do procedimento; d) o consentimento deve ser informado e as informações devem ser transmitidas em linguagem acessível ao paciente.

Ainda que o direito à vida mereça uma posição de destaque no ordenamento jurídico, é imperioso demarcar a sua não incidência no presente caso, pois o paciente Testemunha de Jeová não tem intencionalidade de morte, tão somente deseja conduzir sua vida em consonância com suas crenças e valores. Assim, o paciente adulto e capaz tem o direito de ser protegido da ingerência de terceiros e do próprio Estado, contrapondo-se ao paternalismo estatal e médico. A assunção do risco de morte é socialmente aceita em vários contextos, como os dos esportes radicais, dos trabalhos arriscados e da ingestão de produtos nocivos à saúde, assim, o rechaço do direito do paciente Testemunha de Jeová de ser tratado conforme suas preferências se revela discriminatória e incompatível com o respeito à sua autodeterminação. Com efeito, deve-se assegurar a faculdade de cada paciente de conduzir a própria vida e restringir a ingerência sobre o seu corpo, de modo a ter assegurada a sua dignidade, na forma preconizada pelos DHP.

Considerações finais

A ausência de uma lei nacional que discipline as relações de cuidados em saúde e garanta direitos dos pacientes não raramente dificulta que o Poder Judiciário tome decisões baseadas na perspectiva do paciente e em respeito à sua autonomia e dignidade. Apenas por meio de uma lei nacional voltada especificamente para salvaguardar os direitos humanos dos pacientes é possível transformar a sua percepção de sujeito passivo e vulnerável para de pessoa agente de sua própria vida e ator central de seus cuidados em saúde. Diante desse quadro de carência normativa, a utilização do referencial dos DHP se revela essencial, pois propicia a ampliação da visão que se deve ter em relação ao paciente, fazendo com que tanto os profissionais da saúde, quanto familiares e as autoridades judiciais internalizem a necessidade de se respeitar, de forma mais efetiva, o seu direito à recusa, o que, em última análise, representa o respeito à dignidade da pessoa enferma.

Por fim, conclui-se que nas sociedades democráticas, o Estado deve interferir o menos possível na vida privada de qualquer paciente, em consequência, o paciente Testemunha de Jeová não é jurídica e moralmente obrigado a fazer uso de procedimento ou de tratamento médico. Dessa forma, o Estado não tem o poder de ingerência na sua autonomia pessoal. Há consenso internacional no campo dos Direitos Humanos no sentido de que qualquer paciente tem o direito ao consentimento informado e à recusa de tratamento. Assim, negar esse direito ao paciente Testemunha de Jeová é discriminatório e violador do seu direito à liberdade de religião. Os médicos e os hospitais não têm o direito de coagir um paciente capaz a se submeter a tratamento/procedimento involuntário, muito menos de julgar sua motivação, até mesmo porque nenhum paciente precisa motivar sua decisão acerca do seu próprio corpo.

Referências Bibliográficas

AKANDJI-KOMBE, JEAN-FRANÇOIS. *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*. Disponível em: <https://rm.coe.int/168007ff4d>. Acesso em: 2 dez 2018.

ALBUQUERQUE, ALINE. *Capacidade Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

CEDH. CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 23 out 2018.

_____. *Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*. ; Judgment. 10 June 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/001-99221.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

_____. *Case Avilkina and Others v. Russia*. Judgment. 6 June 2013. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2018/05/CASE-OF-AVILKINA-AND-OTHERS-v.-RUSSIA.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

_____. *Case Hoffmann v. Austria*. Judgment. 23 June 1993. Disponível em: http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_HOFFMANN_v._AUSTRIA.pdf. Acesso em: 2 dez. 2018.

COHEN, JONATHAN; EZER, TAMAR. *Human rights in patient care: a theoretical and practical framework*. Health and Human Rights Journal 2013; 15(2):7-19.

EUROPEAN COUNCIL. *The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*: Disponível em: <http://www.coe>.

int/en/web/bioethics/oviedo-convention. Acesso em: 2 dez. 2018.

EUROPEAN UNION. *Patient's Rights in European Union*. Mapping Exercise. Luxembourg: European Union, 2016.

FORD, JOHN C. *Refusal of Blood Transfusions by Jehovah's Witness*. The Catholic Lawyer, v. 10. n. 3, 2016.

GUSTAVSSON, ERIK; SANDMAN, LARS. *Health-care needs and shared decision-making in priority-setting*. Medicine, Health Care and Philosophy 2015; 18(1):13-22.

HERRING, JONATHAN. *Older people in law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HERRING, JONATHAN. *Vulnerable adults and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER. *Manifestations of Religion or Belief in the Case Law of the European Court of Human Rights*. Religion and Human Rights 12 (2017). 112-127.

MILL, JOHN STUART. *On liberty*. Seattle: Amazon, 2017.

MOL, ANNEMARIE. *The logic of care health and the problem of patient choice*. New York: Routledge, 2008.

NÉILL, CLAYTON Ó. *Jehovah's Witnesses and Blood Transfusions: An Analysis of the Legal Protections Afforded to Adults and Children in European/English Human Rights Contexts*. European Journal of Health Law 24 (2017). 368-389.

PARANHOS, DENISE GONÇALVES DE ARAÚJO MELLO. *Direitos Humanos dos Pacientes Idosos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PARANHOS, DENISE GONÇALVES DE ARAÚJO MELLO; ALBUQUERQUE, ALINE. *O modelo de cuidado centrado no paciente sob a perspectiva do paciente idoso*. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, 7(2):113-127, abr/jun, 2018.

PETRINI, CARLO. *Ethical and legal aspects of refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses, with particular reference to Italy*. Blood Transfusion 2014, 12, Suppl 1: s395-401.

RIETIKER, DANIEL. *From Prevention to Facilitation? Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the Light of the Recent Haas v. Switzerland Judgment*. Disponível em: <http://harvardhrj.com/wp-content/uploads/2009/09/Rietiker.pdf>. Acesso em: 3 dez 2018.

STEMPSEY, WILLIAM E. *Hope for health and health care*. Medicine, Health Care and Philosophy 2015; 18(1):41-49.

WILCOX, PHILIPP. *Jehovah's Witnesses and blood transfusion*. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(05\)76132-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(05)76132-8/fulltext). Acesso em: 4 dez 2018.