

Parecer CoBi nº: 006/2023 – Ref.: questionamento do Comitê de Avaliação e Controle em Medicina Transfusional

A questão discutida no Comitê de Avaliação e Controle em Medicina Transfusional, ao Comitê de Bioética foi: "A dúvida que se afigura é: serei imprudente aplicando a transfusão de sangue, pois colegas não fariam e ficarei sujeito a sanções legais? ou serei negligente ao não aplicar a transfusão de sangue, pois colegas fariam, e ficarei sujeito a sanções éticas?" Texto extraído do parecer técnico de 2004 emitido pela COBI.

A questão levantada por eles, será que terão respaldo jurídico da instituição caso transfunda ou não em situação de risco iminente de um paciente que previamente recusou a transfusão assinando o termo de recusa? Ou os médicos terão que assumir toda a responsabilidade sozinho, contratando advogados pessoais e correndo o risco de perder o registro médico?

Diante do exposto traremos algumas reflexões sobre o tema e o que será discutido em relação a bioética.

I - INTRODUÇÃO

Trata-se de parecer a respeito de negativa de tratamento (transfusão de hemoderivados) de pacientes testemunhas de Jeová. A presente questão, de difícil resposta, deve ser analisada sob os prismas bioético, ético e jurídico.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Do ponto de vista bioético, temos uma questão de oposição entre o princípio da autonomia e da beneficência. Autonomia, derivado do grego "*autonomus – auto: de si mesmo e nomus: lei*", pode ser interpretado como "*Aquele que estabelece suas próprias leis*", "*Autogoverno*", "*Autodeterminação na tomada de decisões*".

Por outro lado, a princípio da Beneficência, derivado do latim "*Bonum Facere*" traz o preceito de "fazer o bem". Trata-se do princípio mais antigo da bioética e justificou, por séculos, a atuação impositiva e paternalista do médico, sendo muitas vezes uma camuflagem para a prática de atos de imposição e autoritarismo, situações em que o doente não tinha a oportunidade de esboçar sua própria vontade.

Ressalte-se, nesse momento, que os princípios da Bioética são horizontais, ou seja, não há hierarquia entre eles, de modo que, do ponto de vista bioético, é deveras difícil encontrar uma solução para esse caso.

Resta, portanto, que se busque possível solução para o conflito com a utilização da Ética Médica com a interpretação de artigos de resoluções emanadas pelo Conselho Federal de Medicina, especialmente o Código de Ética Médica.

Pois bem. Esse código de ética traz os seguintes preceitos:

Capítulo I - Direitos fundamentais

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, **o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos**, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Capítulo IV – Direitos humanos

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Capítulo V - Relação com pacientes e familiares

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 41. Parágrafo único. Nos casos de **doença incurável e terminal**, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Por outro lado, a Resolução n. 1.995/12 esclarece que:

Art. 2º - § 2º. O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, **estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.**

Ainda, a resolução n. 2.232/19 traz que:

Art. 11. Em situações de **urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte**, o médico deve **adotar todas as medidas necessárias** e reconhecidas **para preservar a vida do paciente**, independentemente da recusa terapêutica.

Contrariamente, a mesma Resolução 2.232/19 determina que:

Art. 1º. - A **negativa terapêutica** é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, **o direito do paciente a ser respeitado pelo médico**, sempre que seja informado dos riscos e consequências previsíveis de sua decisão.

Nessa toada, pode-se observar que o Conselho Federal de Medicina obriga os médicos, do ponto de vista ético-profissional, a **respeitar a decisão e a autonomia dos pacientes, desde que não haja risco iminente de morte**. Nesses casos, o médico deverá agir no sentido de salvar a vida do doente, tomando o cuidado de não praticar a distanásia, ou seja, "(...) não empreender **ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas** em situações de doenças incuráveis e terminais".

Por fim, o Direito brasileiro também se pronuncia a esse respeito. A Constituição da República do Brasil, no seu artigo 5º., artigo que traz os direitos fundamentais, cláusula pétrea e que só pode ser com o advento de nova Constituição, mostra que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes:

II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (Princípio da legalidade).

VI - é **inviolável a liberdade** de consciência e **de crença**, sendo **assegurado o livre exercício dos cultos religiosos** e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Da mesma maneira, o Código Penal enuncia que:

Art. 146. É crime: **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, **a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda** (...) (Crime de constrangimento ilegal).

Entretanto, de acordo com o inciso I do parágrafo 3º: § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a **intervenção médica ou cirúrgica**, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, **se justificada por iminente perigo de vida.** (Crime de constrangimento legal).

Assim, do ponto de vista constitucional, existe um conflito de direitos fundamentais, é dizer, o *caput* do art. 5º. garante ao cidadão o inviolável direito à vida, enquanto que o seu inciso VI assegura o direito à liberdade religiosa. Por outro lado, o Código Penal diz que não há crime de constrangimento ilegal quando há a justificativa de iminente risco de morte.

Como sair dessa situação? A doutrina jurídica traz a discussão de que o exercício dos direitos fundamentais apresenta restrições: *“restrição representaria uma limitação ou condição que a lei impõe ao livre exercício de um direito ou de uma atividade; reserva, ressalva. Nesse sentido, a restrição a um direito fundamental constitui limitação da esfera de proteção ou pressuposto de fato desse direito. A definição de limites para o exercício de dado direito fundamental é motivada pela existência de valores e circunstâncias em jogo no ordenamento jurídico.”*¹

Para Virgílio Silva, *“os limites dos direitos fundamentais representam o produto do sopesamento entre direitos colidentes, não como limites revelados pelo intérprete.”*²

Pois bem. No caso em análise, a doutrina se pronuncia da seguinte maneira: *“Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificadamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4ª), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1ª, III)”*.³ Segundo o autor, *“quando houver situações que exista o conflito entre estes direitos fundamentais prevalecerá aquele que demonstrar substancialmente princípios de dignidade humana, que é um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, expresso no Art. 1, inciso III”*.⁴

Assim, conclui que: *“Demonstrando que o direito à vida se sobrepõe ao direito de liberdade religiosa, tendo em vista que o direito à vida é intransponível mesmo se tratando de responsáveis legais de outra vida, comprovando assim que o direito à vida é do indivíduo, e não do seus pais”*.⁴

¹ João Carlos Medeiros de Aragão. Choque entre direitos fundamentais. Consenso ou controvérsia? Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

² Virgílio Afonso da Silva. Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. (Coleção Teoria & Direito Público).

³ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Instituto brasileiro de direito público. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

⁴ Raphaela Meireles, Bárbara Carolina Santos de Oliveira Teles. Colisão de direitos fundamentais: direito a vida e liberdade religiosa. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62500/colisao-de-direitos-fundamentais-direito-a-vida-e-liberdade-religiosa#google_vignette

III – CONCLUSÕES

a) A Bioética não traz uma solução a respeito do assunto, na medida em que não há hierarquia de princípios bioéticos quando existe colisão entre eles (autonomia e beneficência, no caso concreto).

b) A Ética Médica determina que a autonomia do paciente deve ser respeitada até que se observe risco iminente de morte, situação na qual deve-se garantir o direito à vida. Ressalte-se que o médico não deve promover a distanásia.

c) Ainda, o Conselho Federal de Medicina decide que, nos casos eletivos e naqueles em que não exista risco iminente de morte, a autonomia do paciente deve ser respeitada.

d) A Constituição garante o direito à vida e a livre prática de crenças religiosas. Entretanto, numa situação de conflito de direitos fundamentais, a doutrina jurídica aponta que deverá prevalecer o Direito à vida.

e) O Direito Penal define que não é crime realizar procedimentos médicos e cirúrgicos sem o consentimento do paciente em casos de risco iminente de morte.

f) Nos casos em que o Serviço de Saúde disponha de tratamentos alternativos à transfusão de hemoderivados, tal conduta deve ser adotada, desde que padronizados no SUS.

g) Seria extremamente relevante a apreciação do presente caso pelo Núcleo Especializado em Direito (NUDI) - HCFMUSP.

Prof. Dr. Fábio Roberto Cabar
Membro CoBi - Relator
Comitê de Bioética do HCFMUSP

Profa. Dra. Juliana Bertoldi Franco
Presidente do CoBi - Revisora
Comitê de Bioética do HCFMUSP