

Submetido em: 31/05/2020

Aprovado em: 08/07/2020

O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS PARA A OCUPAÇÃO DE LEITOS DE UTIS NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS IMPOSTAS

MARIA LETÍCIA MONTEIRO ISMAEL ¹

LEANDRO OZIEL PEREIRA DA SILVA²

JACYARA FARIAS SOUZA MARQUES³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. LIMITAÇÕES JURÍDICAS. 2.1 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais à vida e à saúde. 3 LIMITAÇÕES FILOSÓFICAS. 3.1 Direito e utilitarismo: limites apontados pela pandemia. 3.2 Ocupação dos leitos sob a perspectiva da ética do cuidado. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: O presente trabalho tem o escopo de analisar as limitações jurídico-filosóficas impostas pelo ordenamento jurídico ao estabelecimento de critérios para a ocupação de leitos de UTIs no Brasil durante a pandemia da COVID-19. Para tanto, empregando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, e utilizando da técnica de pesquisa bibliográfica, buscou-se investigar se é constitucional o estabelecimento de critérios para a escolha de quais pacientes ocupariam as vagas remanescentes, no caso de haver o esgotamento de recursos, em especial de leitos de UTI, além de se indagar pela compatibilidade da adoção de um fundamento filosófico e legal utilitário com o Estado Democrático de Direito, como norte para tal decisão.

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais (2020). Especializanda em Direito Público direcionado para o Ministério Público Federal pela Escola Paulista de Direito. E-mail: marialeticiamonteiro.jus@gmail.com.

² Bacharelado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB- Centro de Ciências Jurídicas. E-mail: leandroziel@outlook.com.

³ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande- UFCG - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais (2003) Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB (2007). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (2014). Professora Adjunto nível III - classe C do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, campus de Sousa, da Universidade Federal de Campina Grande. E-mail: jacyfarias@gmail.com.

De sorte que a escassez de recursos na saúde pública representa um problema estrutural, agravado com o decorrer dos anos. Conforme se verificou, se caso adotados os fundamentos utilitários para a escolha de quais pacientes ocupariam as vagas, além da contrariedade em relação à Constituição Federal, de modo incidental estariam sendo aceitas decisões arbitrárias, permitindo o sofrimento de uma minoria como forma de beneficiar a maioria. Por conseguinte, apontaram-se medidas alternativas, pautadas pela ética do cuidado, como solicitude e agir preocupado para com o outro, qual seja a utilização de leitos de UTI em instituições privadas, mediante a devida remuneração. São medidas constitucionalmente adequadas e eticamente condizentes com o Princípio da Dignidade Humana, sobre o qual se assenta o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: UTIs. COVID-19. Constitucionalidade. Utilitarismo. Ética do cuidado.

THE ESTABLISHMENT OF CRITERIA FOR THE OCCUPATION OF ICU BEDS IN BRAZIL DURING THE COVID-19 PANDEMIC: AN ANALYSIS OF THE LEGAL-PHILOSOPHICAL LIMITATIONS IMPOSED

ABSTRACT: This paper has the scope of analyzing the legal-philosophical limitations imposed by the legal system to the establishment of criteria for the occupation of ICU beds in Brazil during the COVID-19 pandemic. To do so, using the hypothetical-deductive approach method, and using the bibliographic research technique, we sought to investigate whether it is constitutional to establish criteria for the choice of which patients would occupy the remaining the utilitarian foundations for choosing which patients would occupy the vacancies, in addition to the contradiction in relation to the Federal Constitution vacancies, in case there is depletion of resources, especially ICU beds, in addition to asking for compatibility the adoption of a utilitarian philosophical and legal foundation with the Democratic Rule of Law as a guide to such a decision. So that scarcity public health is a structural problem, aggravated over the years. As has been the case, if adopted, incidentally arbitrary decisions would be accepted, allowing the suffering of a minority as a way to benefit the majority. Therefore, alternative measures were pointed out, guided by the ethics of care, such as solicitude and acting concerned towards the other, the use of ICU beds in private institutions, with due remuneration. These are constitutionally appropriate and ethically appropriate measures consistent with the Principle of Human Dignity, on which the Democratic State of Law is founded.

KEYWORDS: ICUs. COVID-19. Constitutionality. Utilitarianism. Ethics of care.

INTRODUÇÃO

Em onze de março de 2020, pouco mais de dois meses após a identificação do primeiro caso de contágio da COVID-19, em Wuhan, na China, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou tratar-se a doença de uma pandemia. Dias após, o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, decretou estado calamidade pública no Brasil.

Ainda em março de 2020, quando o Brasil registrava um número inexpressivo de pacientes com a COVID-19, médicos e especialistas pátrios já reportavam a preocupação com a possibilidade de haver um colapso na saúde brasileira, especialmente em decorrência da característica da doença em fazer com que um grande número de pessoas passe a depender do acesso à Unidade de Terapia Intensiva (UTI) para sobreviver. Por esse motivo, o Estado empreendeu, até certa medida, esforços para aparelhar o Sistema Único de Saúde (SUS) para as consequências da pandemia.

Confirmando as previsões feitas pelos profissionais e os estudiosos da saúde, as unidades hospitalares do SUS começaram a anunciar o esgotamento das vagas em UTIs em várias localidades do Brasil, especialmente, nos Estados de São Paulo, Amazonas e Ceará. Diante desse cenário, a Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB) e a Associação Brasileira de Medicina de Emergência (ABRAMEDE) e alguns Conselhos Regionais de Medicina (CRMs) desenvolveram protocolos de alocação de recursos para a pandemia da COVID-19, buscando auxiliar os médicos na identificação dos pacientes que terão prioridade quando do acesso aos leitos de UTIs, levando em consideração a gravidade e a possibilidade de sobrevida após o acometimento pela referida doença.

Entre as diretrizes levadas em consideração pela AMIB e ABRAMEDE quando da elaboração do protocolo em comento, têm-se as seguintes: (i) salvar o maior número de vidas, (ii) salvar o maior número de anos/vida e (iii) equalizar as oportunidades de se passar pelos diferentes ciclos da vida.

Diante desse cenário, que evidentemente tende a resguardar de forma mais intensa a vida e a saúde de pessoas jovens em detrimento da possibilidade de vida de pessoas com maior idade ou já acometidas com comorbidades anteriormente à pandemia, indaga-se sobre quais são as limitações jurídico-filosóficas ao estabelecimento e à utilização desses critérios na saúde pública brasileira.

Assim, o presente estudo tem como objetivos identificar quais as principais normas do ordenamento jurídico brasileiro e os fundamentos filosóficos que se apresentam como limitação

ao estabelecimento desses critérios por parte de associações médicas, os Conselhos Regionais de Medicina e as unidades hospitalares. Além disso, objetiva-se apresentar fundamentação viável e alternativa para o problema da ocupação dos leitos de UTIs durante a pandemia da COVID-19 no Brasil.

A hipótese que é levantada pelos pesquisadores é se se apresenta como inconstitucional o estabelecimento dos critérios em estudo e se houve a adoção de um fundamento filosófico incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa geral dos critérios legais que tem fundamentos éticos para o disciplinamento jurídico das condutas médicas e demais protocolos para a conduta adotada, para os casos específicos de pandemia. Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa se classifica em bibliográfica e baseada em documentos diretos e indiretos na doutrina nacional e estrangeira.

Entende-se que a temática em estudo tem forte relevância no âmbito da saúde pública brasileira, especialmente no momento que se passa pela pandemia da COVID-19. Ademais, o estudo da problemática, objeto da presente pesquisa, poderá fundamentar decisões não apenas no âmbito de pandemias e crises sanitárias, mas também na alocação de recursos públicos na saúde e no aparelhamento de hospitais no Brasil de forma atemporal, já que se tem em vista a prévia existência de uma situação de calamidade no sistema pública de saúde brasileiro.

2 LIMITAÇÕES JURÍDICAS

Tornou-se crescente no Brasil, no contexto da pandemia da COVID-19, o estabelecimento de critérios para a escolha de pacientes que terão direito à vaga em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs). Essa situação, que se intensifica a cada dia nos hospitais de vários lugares do Brasil, inclusive nas instituições hospitalares da rede privada, leva os juristas e a população brasileira em geral a se indagarem sobre quais as limitações jurídicas ao estabelecimento de uma técnica de escolha de quem terá chances de viver e de quem, à espera de uma vaga de UTI, tenderá a não resistir aos efeitos da doença proveniente da COVID-19.

Visando debater e possivelmente apresentar uma resposta à tão importante e polêmica indagação, analisar-se-ão as mais relevantes normas brasileiras que incidem sobre esse cenário caótico e pandêmico.

2.1 A Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais à vida e à saúde

O ordenamento jurídico brasileiro é formado por incontáveis normas que buscam promover e proteger a Dignidade da Pessoa Humana, preceito que é fundamento da República Federativa do Brasil pela disposição do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, quando dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”⁴. Debatendo acerca do significado desta expressão, Ingo Sarlet⁵ anuncia ser impossível e inviável definir com exatidão todo o conteúdo que permeia a dignidade da pessoa humana, sendo mais provável se identificar quais as ações que violam claramente este preceito. Aduz o autor que, apesar disso, tratando-se de um conceito jurídico normativo, torna-se certo que a concretização da expressão requer a atuação ampla dos órgãos estatais.

Além do mais, ensina que, diante da previsão do CFB/88, que aloca já no início de seu texto a normatividade dos princípios fundamentais (art. 1º), tornou-se clara a opção do constituinte de outorgar a estes a condição de embasarem toda a ordem constitucional⁶.

Contribuindo com o debate sobre o significado da expressão em estudo, André de Carvalho Ramos⁷ aduz que este preceito se apresenta como uma qualidade intrínseca a cada indivíduo, tendo o condão de protegê-lo de tratamentos degradantes e discriminação, além de assegurar-lhes as mínimas condições de sobrevivência. Para o autor, este fundamento está em consonância com a proteção dos direitos humanos, prática indispensável ao se tratar de um Estado Democrático de Direito.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2006, p. 41-61.

⁶ Idem, p. 61.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 736-737.

Extrai-se desses ensinamentos que toda e qualquer ação do Estado brasileiro, em respeito ao próprio texto constitucional, deve se adequar à necessidade de realizar a dignidade da pessoa humana, já que, do contrário, estar-se-ia diante de uma prática inconstitucional. Afinal, como aduz Daniel Sarmiento⁸, os pilares da ordem constitucional brasileira se alinham ao entendimento de que a pessoa se encontra no centro e é a razão última da ordem jurídica.

Quando da análise do art. 3º, inc. IV, da CRB/88, que informa que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁹, tem-se como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entende-se da interpretação dessa norma a obrigação do Estado de empreender esforços para abranger todos os indivíduos sob a sua soberania nas ações que lhe compete, especialmente para proporcionar a proteção contra quaisquer ações privadas ou até mesmo estatais de cunho discriminatório. Como menciona Lenio Streck e Bolzan de Moraes¹⁰, os objetivos previstos na Constituição Federal devem pautar a ação de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Para os autores, os objetivos estampados no art. 3º da CFB/88 têm forte relação com o caráter compromissório do constitucionalismo brasileiro, delimitando as posições políticas do país.

A CF/88 traz em seu bojo o art. 5º, abrindo o Título “Dos direitos e garantias fundamentais”, reafirmando a obrigatoriedade de todos serem tratados com igualdade e sem distinção de qualquer natureza, anunciando: “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 [...]”¹¹.

⁸ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 74.

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; MORAIS. Os valores sociais da livre iniciativa. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 331.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Ensina André de Carvalho Ramos¹² que o direito à vida, expresso no texto do art. 5º, caput, da CFB/88, “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”. Para o autor, o direito à vida se expressa em duas vertentes: a dimensão horizontal e a dimensão vertical¹³.

A dimensão vertical do direito à vida representa a necessária proteção ao ser humano em todas as diferentes fases de seu desenvolvimento (da sua geração até a sua morte), ao passo em que a dimensão horizontal orienta uma reflexão sobre o direito a ter uma vida digna, encontrando-se aí outros direitos decorrentes e relacionados, como o direito à saúde e à prestação da seguridade social¹⁴.

Aduz ainda Daniel Sarmiento¹⁵ que, diante do preceito “inviolabilidade do direito à vida”, descrito no caput do art. 5º da CFB/88, surgem para o Estado algumas obrigações, sendo estas:

(i) a obrigação de respeito; (ii) a obrigação de garantia; e (iii) a obrigação de tutela: A obrigação de respeito consiste no dever dos agentes estatais em não violar, arbitrariamente, a vida de outrem. A obrigação de garantia consiste no dever de prevenção da violação da vida por parte de terceiros e eventual punição àqueles que arbitrariamente violam a vida de outrem. A obrigação de tutela implica o dever do Estado de assegurar uma vida *digna*, garantindo condições materiais mínimas de sobrevivência.

Assim, a dimensão horizontal do direito à vida soma-se e vincula-se à terceira obrigação apontada pelo autor, a de tutela, assinalando, de forma veemente, a obrigatoriedade do Estado de assegurar a todo indivíduo uma vida digna, onde se inclui a condição necessária para manter-se vivo.

Versando sobre o direito constitucional à existência, explica José Afonso da Silva¹⁶ tratar-se esse preceito jurídico da possibilidade de não ter o ser humano o seu processo vital interrompido, “senão pela morte espontânea ou inevitável”. Ocorre que, como apontam as próprias resoluções expedidas por vários Conselhos Regionais de Medicina (CRM) e pela Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB)¹⁷, tem-se que, diante da contaminação

¹² RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 538.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 899.

¹⁴ Idem, p. 899.

¹⁵ Idem, p. 899.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 200.

¹⁷ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19. São Paulo, 2020. Disponível em:

decorrente da COVID-19, o acesso à UTI tende a tornar viável a recuperação dos pacientes e, por conseguinte, a continuação da vida.

Dessa forma, entende-se que a morte proveniente da impossibilidade de se fazer uso de leito de UTI não se amolda a uma forma de interrupção natural ou espontânea do ciclo vital do ser humano, sendo certo e anunciado pela própria medicina que a ausência dessa ferramenta terapêutica pode ser fator decisivo para a morte de um paciente contaminado com a COVID-19. Apresentadas tais premissas, antes mesmo de se analisar os direitos sociais previstos no art. 6º da CF/88, nos quais se aloca o direito à saúde, se pode adiantar a concepção de que é atribuição do Estado brasileiro não apenas se abster de violar a vida dos seus governados, mas também de fornecer, especialmente diante de situações de alta complexidade e periculosidade, como ocorre diante de um estado de calamidade pública, as ferramentas necessárias e indispensáveis ao respeito e à permanência do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

O art. 6º da CFB/88¹⁸ prescreve os direitos sociais, sendo estes: direito à “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Tratam-se de verdadeiros direitos fundamentais, seja por estarem alocados no Título “Direitos e Garantias Fundamentais” na Carta Maior de 88, seja pelo fato do § 2º do art. 5º informar que os direitos e garantias expressos na Carta Política não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou pela adesão a tratados internacionais por parte da República Federativa Brasileira.

Como explica Gilmar Mendes e Paulo Gustavo¹⁹, os direitos a prestações, classificação a qual se amoldam muitos dos direitos previstos no art. 6º da CRFB/88, apontam uma grande receptividade do constitucionalismo pátrio aos direitos sociais, motivo pelo qual o constituinte separou inclusive um capítulo especial na Carta Magna para expressar essas pretensões, além de ter disposto em outras passagens do texto diversos outros direitos prestacionais.

https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

18 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

19 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1018.

Assim, o direito à saúde apresenta-se como direito fundamental e social de todos. Consolidando essa perspectiva, o art. 196²⁰ da CF/88 prevê que o direito à saúde é de titularidade de todos “e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Não é outra a disposição do art. 2º da Lei Orgânica do SUS, a Lei nº 8.080/90²¹, que informa que a “saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Inicialmente, cumpre destacar que, como dispõe o art. 196 da Carta Magna²², o direito à saúde é de titularidade de todas as pessoas, estando nesse conceito incluídos homens e mulheres, os que estão encarcerados ou não, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, de forma igualitária.

Ingo Sarlet²³ anuncia que é no âmbito do direito à saúde que se vislumbra de forma mais profunda a relação dessa pretensão social com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida. Informa que é na disposição do art. 196 da CF/88 que o direito à saúde encontra o maior patamar de concretude em nível normativo-constitucional, tornando-se certo que, da análise das disposições entre o referido artigo e o art. 200, estar-se-ia diante de normas de posituação de direito e normas de caráter impositivo de tarefas ao Estado.

De extrema relevância para os fins do presente trabalho a disposição prevista no art. 198 da CF/88, *in verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

²¹ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 17 de maio de 2020.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 671-672.

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

[...] omissis. (Grifo nosso).

Conclui-se da análise do dispositivo, especialmente do trecho em destaque, a instituição do atendimento integral como diretriz da promoção da saúde pública e do Sistema Único de Saúde (SUS). A Lei nº 8.080/90 reafirma a integralidade como diretriz do SUS, prevendo em seu art. 7º, inc. II²⁴, que as ações e os serviços de saúde brasileiros alcançarão um nível de integralidade de assistência, definida pela lei como o “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Ao lado dessa determinação, tem-se ainda a importante disposição prevista no inc. IV do mesmo art. 7º da Lei do SUS²⁵, que prevê que os serviços de saúde pública atenderão ao princípio da igualdade, sendo vedado preconceito ou o estabelecimento de privilégios de qualquer natureza. A Lei nº 8.080/90 está em consonância com o princípio constitucional da igualdade, estabelecido no 5º, caput, da Carta Magna²⁶ do Brasil como direito de todos.

Dessa maneira, o SUS não pode desassistir um paciente de forma que não ofereça a este o tratamento necessário e completo do qual depende para a continuidade da própria vida. Está eivada de inconstitucionalidade, ao menos no plano ideal, a situação na qual um paciente acometido de COVID-19, internado em uma instituição hospitalar pública ou conveniada com o Poder Público, precisando, não tenha acesso a um leito de UTI por ausência de vagas.

Ademais, se por um lado a inconstitucionalidade já se consuma pelo não atendimento ao princípio da integralidade, tem-se a sua prática também em outro viés no âmbito da pandemia da COVID-19: o estabelecimento de privilégios quanto à possibilidade de certos pacientes acessarem ou não uma vaga de UTI.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 17 de maio de 2020.

²⁵ Idem.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Como mencionado anteriormente, a Associação de Medicina Intensiva Brasileira, com apoio da Associação Brasileira de Medicina de Emergência²⁷, estabeleceu um protocolo de triagem no âmbito pandemia da COVID-19 com o fim de auxiliar os Conselhos Federais de Medicina e os médicos de todo o Brasil na situação de escassez de recursos para tratamento dos pacientes acometidos da COVID-19.

Nesse cenário, restou desrespeitado o princípio constitucional da igualdade, tendo sido destinada maior importância, com viés inconstitucional, à vida dos pacientes que, mediante o acesso a uma UTI, possivelmente podem ter mais tempo de sobrevivência.

Com isso não se pretende defender ser plenamente possível que o Estado brasileiro passe a ter, de forma repentina, condições financeiras e estruturais de ofertar tantas vagas de UTIs quantas forem necessárias em uma pandemia tão catastrófica como a da COVID-19. O que se defende, no entanto, lastreado em normas constitucionais, é que as vidas de pessoas que apresentam doenças ou comorbidades anteriores ao contágio com a COVID-19, não podem ser consideradas menos importantes ou valiosas que as vidas de pessoas mais jovens ou com, ao menos em tese, maior período de sobrevivência.

É sabido que a ineficiência na prestação de serviço de saúde no Brasil é pretérita à decretação do estado de calamidade pública, ocorrida através do Decreto Legislativo nº 06/2020, sobre o qual se comenta no presente trabalho. Não é por outro motivo, por exemplo, que o Poder Judiciário tem sido convocado constantemente a atuar quando da falta de medicamentos ou de leitos de UTIs e de ausência de cirurgias essenciais à saúde da população, como extrai-se da atuação da Defensoria Pública da União²⁸.

Não são poucos os estudos, as estatísticas, as ações judiciais e até mesmo as decisões legislativas que apontam o histórico descaso na saúde pública brasileira.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em 2019 pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) sobre a judicialização da saúde no Brasil, apontando

²⁷ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

²⁸ AÇÃO da DRDH no RJ e PR pede regularização da oferta de medicamentos. DPU. Defensoria Pública da União, Brasília, 26 de agosto de 2019, imprensa, notícias. Disponível em <https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/52642-acao-da-drdh-no-rj-e-pr-pede-regularizacao-do-abastecimento-de-medicamentos>. Acesso em 19 de maio de 2020.

que, entre os anos de 2008 e 2017, a saúde foi alvo de “498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais”²⁹.

O estudo³⁰ apontou que nessas demandas, os 04 assuntos mais recorrentes são “Plano de Saúde” e “Seguro”, que se relacionam com os serviços de saúde no setor privado ou suplementar e representam, no total, 57,82 % das demandas analisadas, e “Saúde” e “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos” que, somados, que representam 21,99 % dos processos. A pesquisa indicou ainda um aumento no orçamento do Ministério da Saúde de aproximadamente 13 vezes nos gastos com ações judiciais, somando 1,6 bilhão no ano de 2016.

A judicialização da saúde, como visto, tem representado lide recorrente nos tribunais brasileiros nos últimos anos, apontando a ineficácia ou insuficiência da prestação dos serviços públicos e também suplementares no Brasil.

Apesar do país já se encontrar em uma situação de saturação dos serviços públicos no âmbito da saúde, em 2015, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional de nº 86³¹, que ficou conhecida como “a PEC do teto dos gastos públicos”, a qual foi alvo de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5595³², em medida cautelar, a suspensão da eficácia dos seus artigos 2º e 3º, por compreender o relator que as disposições de alteração da CFRB/88 representavam um retrocesso no âmbito da promoção do direito fundamental à saúde.

Ademais, de grande relevância a pesquisa³³ desenvolvida pela AMIB sobre a quantidade de leitos de UTIs no Brasil, publicada em março de 2020, apontando os seguintes dados: o país

²⁹ MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 18 de março de 2019, Notícias CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

³⁰ Idem.

³¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Relator). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5595/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ricardo Lewandowski, 01 de setembro de 2017. Medida Cautelar. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312629019&ext=.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

³³ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. AMIB apresenta dados atualizados sobre leitos de UTI no Brasil. São Paulo, 2020. Disponível em [http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/dados_uti_amib\(1\).pdf](http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/dados_uti_amib(1).pdf). Acesso em 23 de maio de 2020.

possui “45.848 leitos de UTI, sendo 22.844 do Sistema Único de Saúde (SUS) e 23.004 que fazem parte do sistema de saúde privado”.

Aponta o estudo que apesar de, em uma conta global, o Brasil se adequar à recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Ministério da Saúde de ser ideal que cada país possua de 1 a 3 leitos de UTIs para cada 10 mil habitantes, a situação dos leitos de UTIs representa preocupação quando da análise da discriminação da quantidade de leitos no setor público e privado e quando da distribuição de unidades nas cinco regiões do país.

A pesquisa aponta que o SUS tem em média de 1,4 leitos para cada 10 mil habitantes, ao passo em que a rede privada conta com o resultado de 4,9. Além disso, conclui por uma gritante disparidade na distribuição regional de leitos de UTIs, levando em consideração a meta proposta pela OMS: a região Sudeste apresenta o resultado de 1,8 na rede pública e 4,7 na rede privada, apesar de ter um maior número de pessoas usuárias do setor público (mais de 60 milhões) que na rede privada (cerca de 28 milhões); a Centro-Oeste possui 1,2 leitos públicos a cada 10 mil habitantes, enquanto que o setor privado obtém o resultado de 8,3; a região Sul apresenta 1,8 leitos no SUS e 3,5 no particular; a região Nordeste possui 1 leito/10 mil habitantes e a rede privada, 5,5 e, por fim, a região Norte, com pior indicador, 0,9 leito/10 mil habitantes no SUS e 4,7, no particular.

Nesse cenário, tem-se que permitir que se estabeleça a sobreposição do valor de vidas de umas pessoas às outras no âmbito da pandemia e da utilização de leitos de UTIs parece representar que as que não forem escolhidas para o uso dos equipamentos terapêuticos necessários estão a pagar tanto por uma escolha problemática quanto pelo descaso que acomete há anos o Brasil na saúde pública. A pandemia da COVID-19 mostra, assim, e até certo ponto, as consequências do desrespeito do Poder Público para com direitos fundamentais e sociais tão delicados e importantes: a vida e a saúde.

3 LIMITAÇÕES FILOSÓFICAS

O Direito e a Ética são duas esferas do conhecimento humano pautadas por constantes interseções. Em determinados momentos, não havia distinção quanto ao objeto dos comandos normativos e éticos: é o que se observa da relação entre leis, religião e moral durante a existência do Direito Romano. Não obstante, a tendência instaurada, mormente após o

Iluminismo e o despontar dos Estados Nacionais, é a de buscar demarcar os limites entre tais campos, o que se evidencia com a elaboração do conceito de Estado de Direito, balizado pela observância à legalidade.

Outrossim, os temas ora abordados, quais sejam o Direito e a Ética, não se traduzem em realidades estanques. Assim como a dinâmica social, os impasses éticos continuam a permear o debate acerca dos institutos jurídicos. “Direito e moral são instrumentos de controle social que não se excluem, antes, se completam e mutualmente se influenciam”³⁴. Tomando como premissa do Estado Democrático de Direito a liberdade dos indivíduos, como Direito Fundamental e limite para a atuação estatal, há que se considerar um amplo espaço para deliberação, no qual a Ética se insere.

O agir de forma ética está pautado pela capacidade decisória. Neste ínterim são travados os debates acerca do bom e do mau, do certo e do errado, posto que a liberdade do indivíduo para decidir implica em sua responsabilidade pelas escolhas³⁵. Neste processo, aquele que decide precisa ponderar meios e fins colimados, considerando as pressões sociais envolvidas, os riscos e a complexa teia de relações intersubjetivas.

O caminho assumido entre a reflexão, o ponderar de valores e a decisão denota a imbrincada relação entre a dimensão subjetiva e o reflexo na esfera exterior do indivíduo. De fato, uma determinada conduta é juridicamente relevante quando exteriorizada. Apesar de, em certos ramos jurídicos – como é o caso do Direito Penal – a vontade do agente interferir no comando legal adotado, o ordenamento jurídico tutela, via de regra, os atos exteriores aos seres humanos.

Em contrapartida, especialmente quando se apontam situações críticas, os valores éticos que fundamentam as decisões ganham um novo escopo. Os temas críticos a serem decididos pela vontade do Legislador levam a questionar o fundamento filosófico sobre o qual se delibera.

O despontar de uma crise de saúde de proporções mundiais põe em xeque os paradigmas adotados pelos ordenamentos de cada Estado, em especial quando se delibera a manutenção de direitos e garantias fundamentais, com ênfase no direito à vida e à liberdade de locomoção. Reacende o interesse coletivo quanto ao debate legislativo e à capacidade de resposta do Poder

³⁴ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.31.

³⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Público como um todo para a demandas criadas por uma situação como a da pandemia da COVID-19.

Ao menos em tese, nenhuma decisão seria expressamente contrária ao direito à vida. Em termos práticos, no entanto, os profissionais de saúde poderão se deparar com a seguinte situação: há um leito de UTI equipado com respirador para dois pacientes. Qual destes deverá ocupá-lo?

Sofia, durante o período da Segunda Guerra Mundial, precisou optar sobre qual de seus dois filhos pequenos deveria salvar. *A escolha de Sofia*³⁶, romance adaptado para o cinema, passou a designar o problema da escolha entre duas vidas, quando há espaço apenas para uma.

Trata-se de um impasse jurídico com fortes implicações políticas e éticas. Cumpre anotar que a escassez de recursos na área de saúde representa um problema estrutural, agravado com o decorrer dos anos. Há o risco do esgotamento de recursos, em especial de leitos de UTI, respiradores mecânicos e profissionais habilitados, considerando que a estrutura do sistema de saúde deve atender tanto aos infectados pelo novo vírus como todas as demais doenças não pandêmicas.

Como forma de evitar que a decisão recaia exclusivamente sobre o profissional, o Poder Público, juntamente com as entidades representativas de classe têm discutido a implementação de protocolos de internação específicos para paciente com COVID-19, o que inclui os mencionados critérios para a escolha³⁷. Além de questionar se tais decisões encontram respaldo constitucional, o presente trabalho se propugna por analisar o fundamento filosófico das escolhas realizadas pelo Estado diante da situação ora apresentada.

De modo preliminar, aponta-se a necessidade de uma orientação institucional condizente, como forma de evitar que a responsabilidade da decisão pese exclusivamente sobre a equipe médica, assim realizada de modo casuístico, com o agravante emocional de uma veredicto tomado em um momento tão crítico com o da internação de um paciente em estado grave, sendo que a escolha implicará em que outro ficará à espera de novo leito.

³⁶ STYRON, William. *A escolha de Sofia*. Tradução: Vera Neves Pedroso. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

³⁷ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

Tomando como perspectiva a justiça como igualdade, a falta de uma política nacional neste particular acarreta um latente quadro de desigualdade, visto que cada ente federado, quando não cada unidade hospitalar adotará seus próprios protocolos, respaldando o panorama de insegurança jurídica e de desigualdade social. Todavia, as diretrizes oferecidas podem adotar vários fundamentos, dentre os quais é comum a presença de argumentos utilitários desta ordem: se um dos pacientes é mais jovem, ou um não é portador de comorbidades, seriam estes preferíveis, pelo fato de haver maior chance de sobrevivência.

A primeira questão levantada, quiçá a maior, é saber se todas as decisões jurídicas são, necessariamente éticas. Neste diapasão, quais valores devem orientar o conteúdo das normas estabelecidas? Existe um limite tolerável de medidas estatais que podem preterir da eticidade, mormente em situações extremas como as que são postas pelo contexto pandêmico? “É inegável, portanto, a relevância da discussão da perspectiva ética em face da perspectiva jurídica, na medida em que uma interfere sobre a outra, seja do ponto de vista pragmático, seja do ponto de vista teórico”³⁸.

Para determinados autores³⁹, a própria estrutura jurídica comporta um mínimo ético, o qual representa a noção de que todas as normas, na verdade, são morais. Aquelas cuja sociedade valora como mais importantes são transformadas em comandos jurídicos, na forma da estrutura tridimensional proposta por Reale⁴⁰. O direito representaria, por conseguinte, patamar mínimo que se espera dos indivíduos. No contexto de uma crise de saúde de proporções pandêmicas, a questão de saber do que o indivíduo é capaz – como ser dotado de razão, de deliberação e capacidade decisória – torna-se premente.

O tópico a seguir analisará o conteúdo destes fundamentos, como forma de pensar a relação entre Direito e Utilitarismo. A fixação de critérios para a ocupação de leitos em UTI, se adotada uma perspectiva utilitária, permite que algumas pessoas sejam preteridas, desde que este sacrifício seja mais benéfico para a coletividade. Em seguida, será abordada uma visão alternativa para o problema, capaz de alcançar o maior número possível de indivíduos.

3.1 Direito e Utilitarismo: limites apontados pela pandemia

³⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 620.

³⁹ BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁴⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O Utilitarismo é uma concepção filosófica a partir da qual seres e objetos são pensados dentro de suas finalidades. Conforme o pensamento aristotélico⁴¹, o homem é concebido com o fito de atingir a felicidade e, por conseguinte, a visão utilitária propugna por um máximo nível desta para um maior número de pessoas.

A noção de felicidade modifica-se a partir das diversas culturas e perspectivas sobre as quais pode ser abordada. Em Aristóteles⁴², a felicidade estava ligada a uma vida virtuosa, pautada pelo equilíbrio, cuja máxima é a expressão de uma vida justa, evitando dores e vícios. Por seu turno, a contemporaneidade define uma vida feliz como sendo aquela pautada pelo bem-estar, ou seja, um estado de satisfação devido à situação do mundo⁴³.

O principal expoente do Utilitarismo como filosofia política foi o inglês Jeremy Bentham, para o qual as condutas do indivíduo em sociedade devem maximizar a felicidade, como forma de dirimir a dor. Este seria um parâmetro para a atuação moral e jurídica, tendo em conta que, para o filósofo, não haveria distinção entre um comando ético e um jurídico. Desta forma:

O princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou comprometer a referida felicidade.⁴⁴

Para tanto, é indispensável mensurar empiricamente qual situação aumenta o nível de felicidade, em um verdadeiro método de quantificação. Por tal razão, o princípio utilitário de Bentham é invocado quando da necessidade de uma *escolha de Sofia*, como é o caso dos protocolos de saúde ora abordados.

Na obra em comento, Bentham⁴⁵ enuncia o conceito de comunidade política, segundo o qual todas as deliberações legislativas devem ser dirigidas pelo interesse da comunidade. Desta feita, o autor considera o corpo político como uma ficção: o que existe, de fato, é a

⁴¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

⁴² Idem.

⁴³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 434.

⁴⁴ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, pp. 139-140.

⁴⁵ Idem.

felicidade dos indivíduos, levando a compreender o referido interesse comunitário tão somente como uma soma das felicidades individuais.

A conclusão, para Bentham⁴⁶ é que o interesse da comunidade, particularmente na elaboração das leis, será observado sempre que proporcionar a felicidade da maioria de seus membros. Auferir o interesse da comunidade significa, portanto, levar em conta o número dos indivíduos envolvidos. Quanto maior o número dos beneficiados por uma determinada medida legislativa ou deliberação política, ou seja, quanto mais esta norma permitir uma maior fruição de prazer e uma menor exposição à dor de um número mais extenso de pessoas, há nesta medida a expressão do interesse comunitário.

Em termos práticos, seria tolerável a dor de um percentual minoritário da sociedade e, caso necessário, a morte de alguns, desde que isto ocasionasse um benefício para a maioria – compreendido pelo filósofo como maior felicidade e a conseqüente diminuição da dor.

Conforme se observa, a adoção de critérios para a ocupação de leitos de UTI por pacientes contaminados pelo COVID-19, em detrimento de pessoas mais idosas e portadores de doenças crônicas, sob a alegação de que há maior chance de sobrevivência, toma por fundamento o *critério felicítico* proposto por Bentham⁴⁷. Toleram-se a morte de alguns, sob o argumento de que é preferível a sobrevivência da maioria – leia-se a felicidade do grupo majoritário, equiparado, nesta situação, aos mais jovens e sem comorbidades.

O Protocolo elaborado pela Associação de Medicina Intensiva Brasileira toma por referencial um protocolo de triagem proposto nos Estados Unidos por Biddison *et al.*⁴⁸ O procedimento está baseado em três princípios, notadamente de cunho utilitário: salvar o maior número de vidas; salvar o maior número de anos/vida e equalizar as oportunidades de se passar pelos diferentes ciclos da vida. Sob estes critérios é feita uma pontuação, na qual o indivíduo com menor número de pontos será priorizado.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BIDDISON, Elizabeth Lee et al, 2019, apud ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

O modelo seguido pelo protocolo visa fixar parâmetros objetivos de escolha, como forma de retirar a carga de subjetivismo, além da necessária publicização das medidas adotadas. Não obstante, a primeira limitação da lógica utilitária adotada é o fato de que os critérios quantitativos, neste particular, são marcadamente arbitrários, uma vez que não existem prognósticos confiáveis que atestem que os riscos são maiores com o aumento da idade.

A situação crítica de ter que decidir qual paciente ficará o com leito impede que sejam realizadas avaliações pormenorizadas, o que reforça a arbitrariedade dos critérios estabelecidos. É o que aponta a própria Associação de Medicina Intensiva Brasileira:

Outra limitação é a ausência de validações de acurácia e psicometria dos instrumentos utilizados para fins de triagens. A distribuição de categorias por idade, por exemplo, é arbitrária e pode não necessariamente refletir proporcionalmente os aumentos de risco associados a idade. Uma vez que o esgotamento de recursos imposto pela pandemia de COVID-19 possa estar iminente, a natureza complexa de processo de validações impede que sejam realisticamente obtidas dentro de curto espaço de tempo. Além disto, todo protocolo baseado na maximização de benefícios enfrenta inevitavelmente o desafio de oferecer critérios confiáveis de identificação de benefícios tais como chance de sobrevida a curto e longo prazo. [...] A extrapolação de modelos preditivos além dos contextos em que foram desenvolvidos pode ser problemática, sendo outro exemplo o fato de que a validade preditiva do SOFA na COVID-19 ainda não é estabelecida mesmo quando aplicada a grupos de pacientes.⁴⁹

A filosofia utilitária encontra outros limites pelo reducionismo de tentar compreender a ampla e complexa esfera das escolhas humanas sob a apertada ótica de um cálculo matemático, cujos parâmetros são, na maioria das vezes, fixados de modo arbitrário. Além disto, o resultado das decisões pautadas pelo Utilitarismo pode demonstrar uma crueldade patente, em desconsideração pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norma basilar do Estado Democrático de Direito.

Os fundamentos éticos do Utilitarismo, além de se mostrarem contrários à Constituição Federal de 1988, conforme houve a oportunidade de se apontar, conduzem a um modelo de legalidade abstrata que não considera a pluralidade de valores que representa o Estado Brasileiro⁵⁰.

A crítica levantada por Rawls⁵¹ contra o modelo utilitário de decisões reside especificamente no cálculo matemático frio e generalista. A elaboração de critério em um

⁴⁹ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução: Almiro Pisetta. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

protocolo como o abordado apresenta estes caracteres, pelo que se depreende do trecho acima referido. São escolhas que deixam de levar em conta as diversas particularidades de cada paciente, podendo conduzir a desfechos cruéis se aplicadas na casuística dos hospitais brasileiros.

O empecilho ético de maior proporção reside em colocar a felicidade da maioria como meta de todo o agir humano, uma vez que, ou o justo é desconsiderado⁵², ou felicidade e justiça são equiparadas. Nas duas hipóteses, caminha-se para a arbitrariedade. Em Rawls⁵³, o parâmetro teleológico aceitável é o da justiça como equidade. Desde modo, há certos valores fundamentais que não podem ser alvo de deliberação, sob pena de desconstituir a própria noção de Dignidade Humana. As liberdades fundamentais, conforme apresenta o autor, estão em harmonia com a consagração de direitos humanos, de caráter supraestatal, núcleo irredutível da proteção individual.

Em sua crítica ao Utilitarismo, Posner⁵⁴ apresenta a situação de um caminhoneiro que, para não atropelar dois carneiros, desvia e atinge uma criança. Sob a ótica utilitária, os animais devem ser mensurados conforme sua contribuição para o aumento da felicidade geral. No exemplo, a ação não seria moralmente condenável, pois houve apenas uma morte. O mesmo autor analisa a situação das bombas lançadas sobre Hiroshima e Nagasaki ao fim da Segunda Guerra Mundial. Para os Estados Unidos, o saldo foi positivo e a ação moralmente justa, uma vez que representou o fim das baixas no seu exército.

Deste modo, mostra-se arbitrário e injusto o critério que aceita o sofrimento de uma minoria como forma de beneficiar a maioria, em particular nos ordenamentos jurídicos em que os direitos fundamentais representam valores limítrofes contra a arbitrariedade.

3.2 Ocupação dos leitos sob a perspectiva da ética do cuidado

Apontadas as limitações a que se submete a escolha, tendo por fundamento o Utilitarismo, para a ocupação de leitos de UTI, durante a pandemia da COVID-19, cumpre apontarem-se alternativas políticas para a alocação de recursos. São opções elaboradas dentro

⁵² Idem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. Tradução: Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

de uma construção teórica, dependendo, portanto, da viabilidade econômica e do interesse político.

Já tramitam projetos de lei⁵⁵ com o objetivo de permitir a utilização de leitos de UTI em instituições privadas, mediante a devida remuneração. O fato justifica-se pela quantidade de vagas ociosas, além de que a Constituição Federal “prevê a possibilidade de intervenção do Estado no domínio privado em caso de grave e iminente perigo público”⁵⁶. Outros projetos versam sobre a criação de uma fila única para todos os leitos de UTI no país, a despeito do regime jurídico, se público ou privado.

Cabe analisar, por conseguinte, a nova fundamentação filosófica de que se revestem as alternativas apontadas: a marca distintiva, neste particular, é o cuidado, cuja abordagem é recorrente igualmente na Filosofia e na Literatura, enquanto temática central de uma ética do cuidado. Desta feita, para elaboração de políticas públicas concernentes ao direito à saúde, os valores informados pelo cuidado são indispensáveis.

O primeiro filósofo a sistematizar o tema do cuidado como solicitude e responsabilidade para com o outro foi Kierkegaard⁵⁷, ainda que de forma incipiente. O pensador aponta a abstração em excesso como um problema, visto que uma verdadeira reflexão individual deve partir da atitude preocupada, ou cuidadosa, para com o sujeito do conhecimento. A consequência desta atitude seria o agir ético e responsável.

Em Heidegger⁵⁸, a temática alcança uma maior expressão, como eixo de sua filosofia. Para o alemão, o cuidado é uma questão ontológica, ou seja, ajuda a compreender a constituição do ser humano. Por conseguinte, pode ser abordado sob duas perspectivas: de angústia e de solicitude.

Na primeira, há a dimensão da luta do indivíduo pela sobrevivência, como forma de encontrar sua posição entre os demais membros da sociedade; por seu turno, a segunda dimensão está relacionada com o que propôs Kierkegaard, ou seja, o apeço pelo outro, a preocupação para com os temas humanos. Por meio da interação destas duas abordagens, o ser é capaz de realizar suas potencialidades. A ética do cuidado, como informativo para medidas legislativas relacionadas com o direito à saúde está pautada pela consciência da interrelação

⁵⁵ PROJETOS criam fila única para atender pacientes com Covid-19 em UTIs públicas e privadas. Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/658677-projetos-criam-fila-unica-para-atender-pacientes-com-covid-19-em-utis-publicas-e-privadas/>. Acesso em: 19 maio 2020.

⁵⁶ Idem, online.

⁵⁷ KIERKEGAARD, Søren. *Discursos edificantes a vários espíritos*. Tradução: Álvaro Luiz Montenegro Valls; Helse Hagelund. São Paulo: LiberArs, 2018.

⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2002.

entre os indivíduos, o que acarreta o reconhecimento da responsabilidade de uns pelos outros. Deste modo, a compreensão ética torna-se fruto da importância dada a esta interrelação e, ainda, conduz à convicção de que a comunicação é o modo de solucionar conflitos⁵⁹.

A adoção de medidas diversas é um caminho eticamente adequado, como forma de solucionar o conflito instaurado em respeito pela relação com o outro e atenção para com os parâmetros constitucionalmente estabelecidos, em oposição ao que seria uma *escolha de Sofia*, no caso da alocação dos pacientes acometidos por COVID-19 em leitos de UTI, na hipótese da escassez de recursos, tomando por parâmetros a filosofia utilitária.

A carga de valores em que está imerso o princípio constitucional da Dignidade Humana não permitirá decisão diversa, sob pena de decisões eticamente arbitrárias e moralmente rejeitáveis. Ainda, não há viabilidade para a defesa de escolhas cruéis como as que são propostas por um modelo utilitário, considerando os direitos fundamentais positivados na Carta Magna, além, de valores e direitos humanos que transcendem as esferas estatais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à vida e a saúde, nos moldes propostos pela Constituição Federal de 1988, consubstancia-se em um dos mais importantes valores fundamentais para a ampla e democrática efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norma basilar para a concretude do Estado Democrático de Direito.

O avanço normativo empreendido pela Carta Política, a despeito de não haver precedentes na história brasileira, ainda não atingiu os patamares propostos pelo constituinte. A criação de um Sistema Único de Saúde denota a necessidade de que o Estado promova e incentive os direitos fundamentais, notadamente quando o valor subjacente é o da vida com dignidade. No entanto, desde a promulgação da Constituição, as limitações orçamentárias são invocadas como argumento para justificar a ineficiência na prestação de serviço de saúde no Brasil.

É neste contexto em que o país recebe a pandemia ocasionada pelo COVID-19. Tendo em conta o avanço da doença e o número de leitos ocupados, apresenta-se o risco do

⁵⁹ GILLIGAN, Carol. Uma voz diferente: psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

esgotamento de recursos, em especial de leitos de UTI, respiradores mecânicos e profissionais habilitados, considerando que a estrutura do sistema de saúde deve atender tanto aos infectados pelo novo vírus como todas as demais doenças não pandêmicas.

A elaboração de protocolos a serem adotados caso não haja recursos suficientes levantou o problema abordado por este trabalho. Por conseguinte, a investigação das normas do ordenamento jurídico brasileiro que se apresentam como limitação ao estabelecimento desses critérios propugnou por verificar as hipóteses levantadas ao início, ou seja: apontar a inconstitucionalidade do estabelecimento de critérios para a escolha de quais pacientes ocupariam as vagas remanescentes, além de se considerar incompatível com o Estado Democrático de Direito adoção de um fundamento filosófico utilitário para nortear a decisão.

Conforme se apontou, os critérios adotados estão eivados de inconstitucionalidade, uma vez que, além de o Estado não poder desassistir um paciente de forma a não oferecer o tratamento necessário e completo do qual depende para a continuidade da própria vida, respeitando ao Princípio da Integralidade, as decisões não podem estabelecer privilégios quanto à possibilidade de certos pacientes acessarem ou não uma vaga de UTI, sob pena de se criar uma situação desproporcional, o que agravaria o latente panorama de desigualdade social que acomete o país.

Quanto ao fundamento ético para o que se denomina a “*escolha de Sofia*”, neste particular, apontou-se a clarividente opção de tais protocolos, neste particular, pelo utilitarismo como filosofia política. Como se teve a oportunidade de demonstrar, decisões utilitárias no campo da saúde tornariam justa a dor de um percentual minoritário da sociedade e, caso necessário, a morte de alguns, desde que isto ocasionasse um benefício para a maioria – equiparada, nesta situação, aos mais jovens e sem comorbidades.

Caso adotados os fundamentos utilitários para a escolha de quais pacientes ocupariam as vagas, além da mencionada contrariedade em relação à Constituição Federal, de modo incidental estaria sendo aceito um modelo de legalidade abstrata, pautando a decisão arbitrária e injusta que permite o sofrimento de uma minoria como forma de beneficiar a maioria, em particular nos ordenamentos jurídicos em que os direitos fundamentais representam valores limítrofes contra a arbitrariedade.

Por conseguinte, o presente trabalho apontou como alternativa a intervenção do Estado no domínio privado, condizente com a proteção constitucional, por meio da utilização de leitos

de UTI em instituições privadas, mediante a devida remuneração. Cumpre anotar que são proposições de cunho teórico, ou seja, sua efetividade fica condicionada à viabilidade econômica e interesse político. No entanto, já existem projetos de lei, conforme apontado, que objetivam regulamentar as opções ora apontadas.

Decisões utilitárias como a *escolha de Sofia*, em matéria de saúde pública, além de evitadas de inconstitucionalidade e eticamente rejeitáveis, representariam a viabilização de medidas arbitrárias e escolhas cruéis, ferindo de morte a própria noção de Dignidade da Pessoa Humana.

Desde modo, o fundamento sobre o qual residem tais alternativas é o da ética do cuidado, como solicitude e agir preocupado para com o outro. Trata-se do caminho eticamente adequado, como se demonstrou, como forma de respeito pela relação com o outro e atenção para com a carga de valores constitucionalmente positivada, além dos valores e de direitos humanos que estão acima da autonomia de cada Estado.

REFERÊNCIAS FINAIS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 434.

AÇÃO da DRDH no RJ e PR pede regularização da oferta de medicamentos. DPU. Defensoria Pública da União, Brasília, 26 de agosto de 2019, imprensa, notícias. Disponível em <https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/52642-acao-da-drdh-no-rj-e-pr-pede-regularizacao-do-abastecimento-de-medicamentos>. Acesso em 19 de maio de 2020.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. AMIB apresenta dados atualizados sobre leitos de UTI no Brasil. São Paulo, 2020. Disponível em [http://www.epsvj.fiocruz.br/sites/default/files/files/dados_uti_amib\(1\).pdf](http://www.epsvj.fiocruz.br/sites/default/files/files/dados_uti_amib(1).pdf). Acesso em 23 de maio de 2020.

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. Protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2020]. Disponível em 20 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Relator). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5595/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ricardo Lewandowski, 01 de setembro de 2017. Medida Cautelar. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312629019&ext=.pdf> . Acesso em: 20 de maio de 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PERNAMBUCO. Recomendação CREMEPE Nº 05/2020. Recife, 2020. Disponível em http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf. Acesso em 20 de maio de 2020.

GILLIGAN, Carol. Uma voz diferente: psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes, 2002.

KIERKEGAARD, Søren. Discursos edificantes a vários espíritos. Tradução: Álvaro Luiz Montenegro Valls; Helse Hagelund. São Paulo: LiberArs, 2018.

MELO, Jeferson; HERCULANO, Lenir Camimura. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 18 de março de 2019, Notícias CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

POSNER, Richard. A Economia da Justiça. Tradução: Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PROJETOS criam fila única para atender pacientes com Covid-19 em UTIs públicas e privadas. Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/658677-projetos-criam-fila-unica-para-atender-pacientes-com-covid-19-em-utis-publicas-e-privadas/>. Acesso em: 19 maio 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução: Almiro Pisetta. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

STYRON, William. A escolha de Sofia. Tradução: Vera Neves Pedroso. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; MORAIS. Os valores sociais da livre iniciativa. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.