

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados demonstram a sensibilidade necessária a compreensão do direito civil contemporâneo. Um direito que transborda sensibilidade e realidade. Nesta perspectiva, temos robusta tendência investigativa na seara dos direitos reais através da perspectiva asseguratória da função social, bem como pela égide da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, portanto, os trabalhos com os temas sobre a usucapião de bens públicos, desjudicialização no cotejo da usucapião extrajudicial, os sentidos do direito de propriedade contemporâneo à luz da teoria Crítica do direito privado, as nuances judiciais do Direito de superfície e suas complexidades além do inovador Direito de laje com suas indagações e reflexões. Também foi possível perceber interlocuções substanciais na esfera dos direitos da personalidade em tempos de "Idade Mídia", incluindo o essencial debate na área da herança digital e as questões proeminentes no dever informação na relação médico e paciente. Para além de uma análise econômica, privilegiou-se a relevante discussão sobre instituto das diretivas antecipadas de vontade no intuito de garantir a vida e a morte digna, com a mesma índole constitucional na possibilidade de retificação do nome social e do sexo de transgêneros em sede cartorial extrajudicial. Dentro de tal contexto de cientificidade os contratos de plano de saúde e o enredo principiológico dos direitos contratuais também foram contemplados com interpretação dialogal necessária aos objetivos propostos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ENTRE A VONTADE DE VIVER E A ESCASSEZ DE VAGAS EM UNIDADES DE TERAPIA INTENSIVA – UM DRAMA REVELADO PELA COVID-19

BETWEEN THE WILL TO LIVE AND THE SCARCITY OF VACANCIES IN INTENSIVE CARE UNITS - A DRAMA REVEALED BY COVID-19

**Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann ¹
Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha**

Resumo

Promove uma análise biojurídica da situação decorrente da pandemia provocado pelo COVID-19, quando ao paciente infectado grave não será conferida prioridade, em razão da insuficiência dos meios tecnicamente disponíveis para o prolongamento de sua vida. Analisa os critérios previstos na Res. CFM 2156/16 e enfrenta o problema das práticas terapêuticas possíveis diante morte, a relação médico/paciente e a situação de indisponibilidade de recursos para uma possibilidade de recuperação e cura. Adota o referencial teórico de Dworkin, com enfoques que respaldam os objetivos pretendidos. Trata-se de pesquisa exploratória, qualitativa, de recursos bibliográficos e método dialético com o recurso de casos concretos.

Palavras-chave: Vida, Pandemia, Drama biojurídico, Morte

Abstract/Resumen/Résumé

It promotes a bio-legal analysis of situation resulting from the pandemic caused by COVID-19, when seriously infected patient will not be given priority, due to insufficiency of the technically available means to prolong his life. It analyzes the criteria foreseen in Res. CFM 2156/16 and faces problem of possible therapeutic practices in face of death, doctor / patient relationship and situation of unavailability of resources for a possibility of recovery and cure. It adopts theoretical framework of Dworkin, with approaches that support intended objectives. This is exploratory, qualitative research, with bibliographic resources and dialectical method with using of concrete cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Life, Pandemic, Biolegal drama, Death

¹ Pós-Doutora em Direito, Doutora em Direito -UGF, Professora Permanente do PPGD e Decana , da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Membro da Law&Society Association(EUA)

Considerações Iniciais

A pandemia de COVID-19 afetou, sob os mais variados ângulos, as relações sociais, econômicas e jurídicas em todas as partes do globo. Dentre os inúmeros questionamentos suscitados, um dos mais tocantes envolve o drama – vivenciado em diversos hospitais, em inúmeras nações – da escassez de vagas em Unidades de Terapia Intensiva e a consequente impossibilidade de atender à demanda daqueles que necessitam de tais cuidados.

Estimativas apontam para o iminente colapso dos sistemas de saúde causado (ou agravado) pelo exponencial aumento de casos da doença, situação tragicamente já experimentada por países mais quais o índice de contágio tenha causado um maior “espalhamento”¹ do vírus, dentre outros fatores, pela hesitação de seus líderes na adoção das medidas recomendadas de isolamento social.

Diante de circunstâncias tão extremas, se coloca a questão da priorização de atendimentos a certos pacientes, que se apresentem sob certas condições em detrimento de outros. O tema envolve aspectos jurídicos e bioéticos, na medida em que implica numa decisão externa, tomada pelo profissional médico - e com base em certos critérios posteriormente mencionados – que afeta diretamente o direito à vida de ambos os pacientes – aquele ao qual foi destinada primazia para a alocação dos recursos disponíveis e aquele que não se encontra em posição prioritária, dentre os quais merecem destaque os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura (FPT).

O objetivo desse estudo é promover uma análise jurídica e bioética desta situação extrema, em especial quando o paciente ao qual não será conferida prioridade, manifeste (ou tenha manifestado através de diretriz antecipada de vontade) seu desejo pela continuidade do tratamento, com a utilização de todos os meios tecnicamente disponíveis para o prolongamento de sua vida.

Para tanto, será inicialmente promovida uma análise dos critérios previstos pela Resolução n.º 2.156, de 17 de novembro de 2016, do Conselho Federal de Medicina - CFM para, posteriormente, se enfrentar o problema das práticas terapêuticas possíveis diante da

¹ O termo é preferido por alguns pesquisadores, em detrimento de outros de caráter semelhante, como “disseminação”, ou “circulação”.

terminalidade da vida, bem como do significado e alcance das chamadas diretrizes antecipadas de vontade.

Posteriormente, se pretende provocar uma reflexão acerca da colisão entre a manifestação de autonomia do paciente - a quem, em princípio, cabe a escolha pela (des)continuidade de seu tratamento, dado seu protagonismo na relação médico/paciente - e a situação, que deveria ser extrema, - mas que em países como o nosso, mormente nos rincões mais afastados dos grandes centros não é - de indisponibilidade de recursos para tratamento a outros enfermos para os quais a utilização de tais recursos permita uma possibilidade de recuperação e cura.

A hipótese a investigar é se, em situações que extrapolam a normalidade, a possibilidade de cura acarretaria densidade maior ao direito à vida de um indivíduo em detrimento de outro e se, nesse caso, a autonomia do paciente FPT, manifestada quanto aos rumos de seu tratamento, cederia diante de um suposto interesse público (de caráter flagrantemente utilitarista) em preservar “vidas viáveis”.

O interesse pelo tema é, lamentavelmente de caráter que excede o plano meramente acadêmico, e o debate em torno dele se impõe para que a heroica e hercúlea tarefa daqueles que atuam na linha de frente do enfrentamento da “mais grave crise sanitária do séc. XXI” possam ter suporte ético/jurídico e que a tragicidade de um momento em que a sobrevivência e o salvamento de vidas diante da calamidade não conduza à soluções comprometedoras da dignidade daqueles que, ainda que em seus momentos finais, conservam intacta sua condição de humanidade.

1. A Resolução. 2156/16 do Conselho Federal de Medicina e os critérios estabelecidos para priorização de admissão em unidades de terapia intensiva

A Resolução 2156/16, do CFM, estabelece critérios para a admissão/alta de paciente em unidade de terapia intensiva. Dentre as razões evocadas para sua edição, merecem destaque a orientação ética pela eleição dos cuidados paliativos como abordagem terapêutica adequada para os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura, em detrimento da denominada “obstinação terapêutica”, *sempre* tendo em consideração a vontade manifestada

pelo paciente ou seus familiares², a opção pelo atendimento com pacientes que tenham “probabilidade de sobrevida e recuperação” como elemento definidor dos objetivos das Unidades de Terapia Intensiva³ e a necessidade de regulamentação, de modo a otimizar a utilização dos leitos disponíveis⁴. Todas merecem breve análise.

A primeira consideração destacada faz, na sequência de posicionamento anterior⁵, a opção pela ortotanásia (e consequente reprovação da obstinação terapêutica) como conduta eticamente adequada do profissional médico diante da terminalidade da vida. Embora a análise das abordagens possíveis em situação de terminalidade vá merecer espaço mais detalhado em seção posterior deste trabalho, e a opção pelos cuidados paliativos de fato se afigure como a mais acertada eticamente, é relevante neste momento destacar que a *autonomia* do paciente (ou, na impossibilidade deste manifestá-la, de sua família) é fator a ser sempre tomado em consideração.

O texto da Resolução parece sugerir – o que é inegavelmente um acerto – o protagonismo do paciente (em última análise, o principal interessado nos rumos do tratamento, posto que titular do direito à vida) e de seus entes queridos e próximos (supostamente conhecedores dos desejos prováveis do enfermo quanto ao procedimento a ser adotado), de modo que a decisão médica – de admissão em unidade de terapia intensiva e continuidade ou não do tratamento – não possa se sobrepor a destes.

² RES. 2156/16, CFM: “CONSIDERANDO que, 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” (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=138&data=17/11/2016>. Acesso em: 04.04.2020).

³ RES. 2156/16, CFM: “CONSIDERANDO que os serviços de tratamento intensivo têm por objetivo prestar atendimento a pacientes graves e de risco, com probabilidade de sobrevida e recuperação, que exijam assistência médica ininterrupta, além de recursos tecnológicos e humanos especializados”; (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/11/2016&jornal=1&pagina=139&totalArquivos=148> . Acesso em 04.04.2020).

⁴ RES. 2516/16, CFM: “CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação e implementação das unidades de cuidados intermediários (semi-intensivas) e paliativos para melhor utilização dos leitos de unidade de terapia intensiva” (Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/11/2016&jornal=1&pagina=139&totalArquivos=148> . Acesso em 04.04.2020).

⁵ RES. 1.805/2006, CFM. Art. 41, p. ú., Código de Ética Médica: “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”.

Aqui cumpre apontar o que um dos autores em publicação anterior já alertava com alguns toques premonitórios quanto à situação que se estaria por desafortunadamente enfrentar, mormente no que diz respeito às tarefas que dizem respeito ao Estado:

Os alcances e limites do papel desempenhado pelo Estado e os fundamentos de sua legitimidade, bem como o alcance e os limites dos novos direitos, da gestão dos recursos públicos e de novos investimentos são alvo de intensa polêmica que demonstra (2011, p.856), em última instância, a existência de diferentes campos dentro da sociedade, onde cada um acredita que a sua visão, a sua ética são universais e deverão acabar predominando.⁶ Entretanto, ao estabelecer como objetivo das Unidades de Terapia Intensiva - UTIs atender pacientes com probabilidades de sobrevida e recuperação, a Resolução incorre em aparente contradição, vez que o emprego da partícula aditiva “e” sugere que a mera probabilidade do suporte intensivo assegurar uma sobrevida *não* seja, em si, razão suficiente para a admissão, quando tal não implique *também* na chance (mais ou menos remota) de cura. Desse modo, parece apontar um *investimento* naqueles pacientes cujo tratamento possa produzir benefícios concretos (em especial o reestabelecimento clínico), sendo sua autonomia um fator de menor consideração.

Tal raciocínio parece ser reforçado pela confessada necessidade de otimizar o uso dos leitos disponíveis, situação decorrente da notória escassez deles, insuficientes em número para atender às demandas naturais daqueles que necessitem de tais recursos. Essa realidade das cidades brasileiras, diuturnamente noticiada pelos principais veículos de comunicação em tempos de normalidade, nas quais muitas das vezes a esmagadora maioria da população não consegue ter seu acesso à saúde assegurado, seja pela precariedade das condições médico-hospitalares, seja pela incapacidade da Justiça em proporcionar-lhes o atendimento de suas necessidades, caracterizando verdadeira *mistanásia*⁷, pode ser brutalmente agravada com a

⁶ HOGEMAN, Edna Raquel Rodrigues dos Santos. *Conflitos Bioéticos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 107.

⁷ A doutrina, ressaltando as ambiguidades semânticas do termo *mistanásia*, esclarece seu significado: “para uns, provém do grego *mis*(que significa “infeliz”), para outros, do radical também grego *mys*(“rato”). Em qualquer das duas opções, a expressão tem aplicabilidade perfeita ao seu sentido, que remete a uma morte miserável, transcendendo o contexto médico-hospitalar para atingir aqueles que nem sequer chegam a ter um atendimento médico adequado, por falta de condições e de oportunidades econômicas e políticas, que se refletem numa falta de acesso ao Judiciário e na proteção mesmo aos direitos mais fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos, de forma que eles passam a configurar, desde o nascimento, espécies de “sub-cidadãos” e “subindivíduos”, na dura realidade em que sobrevivem. Refere-se aos „que morrem de fome, a morte do empobrecido, os mortos nas torturas dos regimes políticos... morte de rato no esgoto” (VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Um Direito Fundamental à Ortotanásia*. In: PEREIRA, Tânia da Silva, et. al., *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 258).

evolução da pandemia da Covid-19, caso esta siga a evolução projetada (e temida) similar a de países como Itália, Espanha e Estados Unidos da América.

Antes de apreciar o quadro atual sobre as perspectivas que se apresentam em relação à essa evolução, interessante abrir um breve espaço para se elucidar algumas questões relativas às condutas possíveis diante da terminalidade da vida, ou seja, da morte.

2. Sobre a terminalidade da vida: em discussão a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia

Quando uma pessoa se encontre em situação considerada “fora das possibilidades terapêuticas de cura” (FPT) ou, valendo-se da terminologia mais popularmente empregada, em estágio “terminal”, ou “terminalidade”⁸, algumas posturas são tecnicamente possíveis (embora nem todas sejam ética ou juridicamente aceitáveis) por parte do profissional médico encarregado de seu tratamento⁹.

Uma dessas possibilidades consiste na prática da eutanásia, conceituada como um ato médico, movido por espírito humanitário, capaz, por si só, de abreviar a vida do paciente que se encontre em estágio de intenso sofrimento, produzindo o evento óbito. Seus principais traços caracterizadores seriam a existência de uma situação causadora de intenso sofrimento físico ou psicológico no enfermo, a atuação direta do médico movida por um sentimento de compaixão ou piedade e o resultado morte sendo produzido diretamente por tal ato¹⁰. De acordo com Peter Singer¹¹, existe uma eutanásia voluntária onde há uma manifestação de vontade, um pedido livre e consciente do paciente interessado, que pede a abreviação de sua vida. Além dessa, o autor enumera a existência da denominada eutanásia involuntária, que, por

⁸ Situação caracterizada pela irreversibilidade do quadro apresentado, bem como a elevada probabilidade de óbito em período relativamente próximo (OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. *Direito a uma Morte Digna*. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso, et. al., *Direito & Justiça Social*. São Paulo: ATLAS, 2013, p. 124).

⁹ Muito embora o debate sobre o direito de morrer possa ser estendido para pacientes que não se enquadrem na categoria *supramencionada*, o tema foge ao âmbito desse trabalho, centrado em pessoas que se encontrem em situação FPT. Para uma leitura detalhada e crítica do direito à morte digna -em especial a eutanásia – em pacientes não terminais, sugere-se DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Sugere-se ainda RACHELS, James. *The End of Life: Euthanasia and Morality (Studies in Bioethics)*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1986.

¹⁰ ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. PEREIRA, Thiago Rodrigues. *O Direito de Morrer com Dignidade*. In: *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto- SP, a. XXI, v. 25, n. 1, Jan./jun.2016, p. 150. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/147-172/712>. Acesso em: 04.04.2020.

¹¹ SINGER. Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 186-190.

seu turno, acontecerá quando o sujeito detém a capacidade de consentir com a própria morte, entretanto não a manifesta. Em tal hipótese, o autor considera que provocar a morte daquele(a) que não deseja morrer só pode ser considerado como eutanásia se o elemento teleológico for o alívio do sofrimento.

Finalmente, aponta para o fato de que se o paciente é incapaz de compreender e de fazer escolha entre a vida e a morte, seja por uma incapacidade nata ou decorrente de acidente ou doença, trata-se de caso de eutanásia não voluntária.

A distanásia (também denominada “obstinação terapêutica”, “encarniçamento terapêutico” ou “accanimento terapêutico”) constitui o extremo oposto da eutanásia, na medida que seu propósito seja o prolongamento, tanto quanto seja possível, da sobrevivência do indivíduo, retardando seu óbito, ainda que eventualmente a custo de procedimentos altamente invasivos¹².

Trata-se de verdadeira *futilidade terapêutica*, frequentemente causadora de intenso sofrimento, na qual não se prolongaria propriamente a vida, mas o processo de morrer¹³, produto de uma concepção (ainda não de todo superada) da medicina como “enfrentamento¹⁴” e da morte não como um processo natural, mas um “fracasso” nessa batalha.

Situada num ponto de equilíbrio entre eutanásia e distanásia, encontra-se a ortotanásia, consistente “na não realização de esforços terapêuticos desnecessários, cujo único objetivo seja o prolongamento da vida de alguém em estado vegetativo ou que se encontre em situação clínica considerada terminal”¹⁵. Nessa tônica, de substancial importância o estabelecimento de

¹² “Por distanásia compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável” (BARROSO, Luís Roberto. *A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In: GOZZO, Débora, et. al., *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25).

¹³ PESSINI, Leo. *Distanásia: Até quando prolongar a vida?* 2ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; ed. Loyola, 2007, p. 20.

¹⁴ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica, v. I. trad. Orlando Soares Moreira. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, P. 222.

¹⁵ ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. PEREIRA, Thiago Rodrigues. *Op. cit.*, p. 150. Em que pese ser denominada por alguns eutanásia passiva, com esta não se confunde, conforme alude a melhor doutrina: “Em virtude da posição de abstenção ou de não interferência médica, muitos são os autores que

uma ética do cuidado¹⁶, na qual o bem-estar do paciente, mais do que o aumento de sua sobrevida, passa a ser o foco.

Conforme mencionado *supra*, a ortotanásia é, atualmente, considerada como a opção ética mais aceitável e humanizada diante de um quadro de terminalidade.

Contudo, é preciso ressaltar que, em sua maioria, as orientações éticas que a recomendam centram-se na figura do médico. Aponte-se ser imperativo que se reforce a ideia do protagonismo do paciente, cuja autonomia deve, de todo modo, ser respeitada. Assim, independente da orientação pessoal do médico, não se possa sobrepor ao desígnio do paciente, caso seja de sua intenção dar continuidade ao tratamento, por mais custoso ou aflitivo que seja, e independente das considerações (morais, religiosas, ou de qualquer outra natureza) que o levam a externar tal desejo.

Deve, em linha de princípio, ser assegurado o respeito à sua autonomia, enquanto expressão de sua dignidade, seja esta obtida quando do agravamento de suas condições clínicas ou mediante a ocorrência de diretiva antecipada de vontade¹⁷, manifestada enquanto ainda lúcido.

apontam a ortotanásia e a eutanásia passiva como sinônimas, mas este não é o entendimento mais preciso, uma vez que a eutanásia passiva é a eutanásia (antecipação, portanto) praticada sob a forma de omissão. Ora, nem todo paciente em uso de suporte artificial de vida é terminal ou não tem indicação da medida. A eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia (ou limitação terapêutica) há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra. O desejo aqui, portanto, não é de matar, mas de não prolongar indevidamente a situação de esgotamento vital”(VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Um Direito Fundamental à Ortotanásia*. In: PEREIRA, Tânia da Silva, et. al., *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, pp.251-252).

¹⁶ Com relação aos denominados *cuidados paliativos*, a origem da expressão é atribuída a Dame Cecily Saunders, fundadora do St. Christopher Hospice. Um conceito da expressão nos é apresentado por Maria da Conceição Diniz Ferreira Moura: “O termo paliativo tem sua origem no étimo latino *pallium*, que significa manto, capa. Podemos dizer que nos cuidados paliativos, os sintomas que o doente sente são “encobertos” com tratamentos cuja principal finalidade é promover o conforto deste. No entanto, os cuidados paliativos estendem-se muito para além do alívio dos sintomas” (MOURA, Maria da Conceição Diniz Ferreira. *A Inevitabilidade da Morte e o Cuidar em Fim de Vida: Entre a Filosofia e a Bioética*. Lisboa: Coisas de Ler, 2011, p. 181).

¹⁷ Normalmente são compreendidos pela expressão os ‘testamentos vitais’ e ‘procurações duráveis’, conforme a melhor doutrina: “É necessário, portanto, distinguir dois tipos de diretrizes antecipadas [*advanced directives*] que visam dirigir as decisões que serão tomadas no futuro: (1) *living wills*, que são diretrizes substantivas específicas acerca de procedimentos médicos que devem ser fornecidos ou omitidos em circunstâncias específicas, e (2) uma procuração durável [*durable Power of attorney* – DPA] referente à assistência à saúde, designando um procurador ou responsável. Uma “procuração durável” é um documento legal no qual uma pessoa designa a autoridade de uma outra pessoa para realizar em nome do signatário ações especificadas. A procuração é “durável” porque, diferentemente do poder usual conferido ao procurador, neste caso ele continua em vigor caso o signatário do documento se torne incapaz” (BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Trad. Luciana Prudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 270). O tema é abordado pela RES. 1995/2012,

Superadas estas breves conceituações, cumpre refletir a respeito do papel da autonomia do paciente, quando contraposta a uma situação, como a experimentada durante a pandemia de COVID-19, ou outras catástrofes que excedam o estágio da normalidade.

A pandemia da Covid-19, a escassez de leitos de UTIs e a ponderação entre a autonomia do paciente FPT e a necessidade de salvar vidas

A evolução da pandemia da COVID-19 tem posto à prova sistemas de saúde de todo o mundo. A dramaticidade das imagens noticiadas diariamente ilustra, por si só, o desafio que os diversos países enfrentam para garantir suporte à demanda por atendimento médico-hospitalar e, nos quadros mais graves, de mecanismos de suporte vital e respiratório oferecidos pelas Unidades de Terapia Intensiva;

do CFM, que assim as define, em seu art. 1º: “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”. De notar-se que a Resolução sob comento ainda padece de certo resquício de paternalismo, na medida em que, muito embora entendendo-a superior à manifestação familiar ou de outra origem (*e.g.* uma orientação de um líder religioso) que a contrarie (art.2º, §3º), ainda assim autoriza o médico a descumpri-la, caso entenda estar em desacordo com o Código de Ética Médica (art. 2º, §2º). Assim, estabelecida estaria uma “hierarquia distorcida”, na qual o principal ator estaria relegado à posição secundária, inferior à do médico, o que acabaria por tornar inútil o desejo manifestado e consciente do paciente que almejasse “lutar até o fim”, prolongando sua vida de forma tida como “obstinada”. Haveria uma heteronomia pautada não em uma suposta norma legal de interesse público, ou em uma decisão judicial alicerçada em uma interpretação de princípios constitucionais, mas num posicionamento do profissional da saúde, erguido sobre a ‘superioridade de cum conhecimento técnico’ que pode se revelar concretamente inútil e desvinculada de valores que, para o paciente, possam ser maiores.

No Brasil, se ao tempo da elaboração desse texto, as medidas de isolamento social têm retardado, de algum modo, a curva de crescimento da doença; as pressões do representante do governo federal para seu relaxamento, , motivadas por temores relativos à ordem econômica, bem como a notória e histórica precariedade das unidades de saúde pública, despertam temores e projeções funestas quanto a instauração de uma crise sanitária sem precedentes. De todo modo, em 11 de abril de 2020 os casos oficialmente registrados de contaminados eram 20.727 e os óbitos, 1.124. Sem contar com o fato das reconhecidas subnotificações e dos mais de 25,2 mil testes aguardando resultado¹⁸.

Classificação dos casos por UF de notificação - 11/04/2020 até 14h

ID	UF	CASOS	ÓBITOS	ID	UF	CASOS	ÓBITOS
1	SP	8.419	560	15	PA	217	10
2	RJ	2.607	155	16	GO	209	10
3	CE	1.582	67	17	AP	193	3
4	AM	1.050	53	18	MT	121	3
5	PE	816	72	19	MS	100	2
6	MG	750	17	20	PB	85	11
7	SC	732	21	21	RR	75	3
8	PR	676	26	22	AC	72	2
9	RS	640	15	23	AL	48	3
10	BA	635	21	24	SE	42	4
11	DF	579	14	25	PI	41	7
12	ES	349	9	26	RO	33	2
13	MA	344	21	27	TO	23	
14	RN	289	13		BRASIL	20.727	1.124

Fonte: (Reprodução/Ministério da Saúde)

Nesse calamitoso contexto, de evidente anormalidade, há que se indagar se a autonomia da vontade do paciente FPT pela continuidade dos procedimentos tendentes a mantê-lo vivo – seja ela atual, ou tenha sido manifestada previamente por meio de diretrizes antecipadas – deve receber a mesma atenção do ordenamento, ou se poderia, de algum modo, ser ponderada e

¹⁸ Conforme balanço das Secretarias de Saúde, atualizado às 7h40 desta quinta-feira (2 de abril de 2020), Ministério da Saúde.

relativizada, diante da possibilidade de salvação de pacientes portadores de complicações da Covid19.

Conforme mencionado anteriormente, o desejo do paciente deve ser elemento central da decisão pela (des)continuidade de seu tratamento. Isto se dá porque o reconhecimento do valor da autonomia¹⁹ da pessoa enquanto expressão integrante (e essencial) de sua dignidade²⁰ é voz corrente em doutrina, sendo considerada como um de seus corolários (ao lado da integridade psicofísica, igualdade e solidariedade)²¹, a merecer tratamento qualitativo e especial, além de reforçada proteção constitucional, quando se refira a valores não patrimoniais, que impliquem na projeção da personalidade^{22,23}.

Indubitavelmente, decidir sobre como deseja “viver a própria morte” é parte essencial da experiência humana e desnuda inúmeros aspectos da personalidade daquele que se encontre no ocaso de sua existência, refletindo muitos de seus valores e significados essenciais, manifestados em outras etapas de sua vida. Negar este fato é olvidar que o direito de viver a experiência inevitável da morte de forma coerente com sua história pessoal integra a dignidade humana, protegida e fomentada até então.

¹⁹ Foco desse trabalho é a análise da denominada autonomia *existencial*. Para uma análise da variação histórica do termo, partindo de seu viés originário liberal-voluntarista, para sua dicotomização em autonomia patrimonial e existencial, sugere-se BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Autonomia e Solidariedade*. In: TEPEDINO, Gustavo, et. all. *O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: FORUM, 2016 e HOGEMANN, Edna Raquel. *Conflitos Bioéticos. Clonagem Humana*, 2ª Ed. RJ: Saraiva, 2013.

²⁰ Luís Roberto Barroso alude a autonomia e heteronomia como expressões da dignidade. A primeira pautada pela capacidade de autodeterminação (“decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente a própria personalidade”), nas condições para o exercício desta autodeterminação (“meios adequados para que a liberdade seja real, e não mera retórica”), universalidade (sendo uma qualidade comuns a todos os seres humanos) e inerência (a sua universalidade deriva justamente de ser uma qualidade intrínseca a toda pessoa) e a segunda traduzindo uma visão ligada a valores compartilhados pela comunidade, pautados em conceitos de bem comum ou interesse público, estando associada não tanto aos desejos individuais, mas a uma percepção de coletividade e convivência. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. cit.*, pp. 38-4

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010, p. 85.

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010, pp. 159-160.

²³ “No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento -, considera-se haver uma ‘proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade’. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional. O mesmo não se dá com as situações privadas patrimoniais, mais sujeitas à intervenção por parte do Estado. Tais situações, em virtude de fatores socioeconômicos considerados pelo constituinte, devem desempenhar, além da função individual, também uma função social” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 190).

Ocorre que, na situação que se estuda – como frequentemente ocorre em temas que envolvem direitos fundamentais, como aborto, eutanásia, dentre outros – a tutela da dignidade humana pode ser evocada por ambos os lados do debate, ao ponto mesmo de haver em doutrina quem suscite questionamentos quanto à utilidade do princípio para o desatar de tais questões²⁴.

Não parece, contudo, assistir maior razão a esse raciocínio. À dignidade pode sim, conforme se pretende demonstrar, ser atribuída densidade relevante para o deslinde da questão. Parece, contudo, que é necessário antes desdobrar duas situações possíveis aqui: i) o enfermo que externa sua vontade pela continuidade do tratamento se encontra consciente e lúcido, quando da manifestação do seu desejo; ii) o paciente se encontra inconsciente, ou delirante, contudo deixara prévia manifestação de vontade por meio de diretiva antecipada.

Na primeira hipótese (paciente consciente e lúcido) o melhor entendimento parece ser o que, considerando a manifestação de sua vontade, assegura-lhe a continuidade do tratamento. De imediato, deve ser negada aqui qualquer abordagem com viés utilitarista, que atribua prioridade para o uso do leito de UTI por aqueles que efetivamente possuam chances de restabelecimento da saúde, conforme a *supramencionada* Res. 2.156/16 afirma. Entender dessa forma reforçaria a concepção “bélica” da Medicina como enfrentamento da doença e da morte, em detrimento do bem-estar do paciente (noção que transcende o aspecto puramente físico). Há ainda que considerar que, compreendendo a dignidade conforme um viés kantiano de não instrumentalização²⁵, o argumento utilitarista cederia, não podendo ser considerado.

Com relação à hipótese da manifestação prévia de um paciente que, no momento da decisão quanto à (des)continuidade dos procedimentos se encontre impossibilitado de confirmá-la, há

²⁴ “Is ‘human dignity’ a vacuous concept – a mere placeholder for varying ethical commitments and biases – or has it a useful role to play in bioethics? The former impression is seemingly confirmed by the disparate uses to which ‘human dignity’ is put by opposing sides in contemporary bioethical debates. For the liberal and secular left, it is generally associated with personal ‘autonomy’ and expanded individual choice. For the conservative and religious right, it is generally associated with the sanctity of ‘life’ and related limits on such choice. Does the term “human dignity” merely encourage each side to talk past the other, or can it supply fruitful common ground?” (SHELL, Susan M. Kant’s Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics. In: PELLEGRINO, Edmund, et. al. Human Dignity and Bioethics. Washington, 2008. Disponível em: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/. Acesso em 07.04.2020).

²⁵ Para um estudo apurado do pensamento Kantiano, sugere-se HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. trad. Christian Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

aqui que se estabelecer uma ponderação mais delicada. Assim porque, tendo sido a diretriz antecipada realizada em circunstâncias anteriores, de “normalidade”, é possível questionar se tal manifestação teria sofrido alterações diante da situação de absoluta excepcionalidade atualmente vivenciada. Não se pode desprezar a possibilidade de tal circunstância motivar atos altruísticos, de enorme desprendimento, a influenciar a decisão do enfermo. Deste modo, de grande utilidade o recurso à noção de “interesses críticos” de Dworkin²⁶ (assim entendidos aqueles que expressam de modo coerente os valores de “vida boa” professados por uma pessoa ao longo de sua vida)²⁷.

A possibilidade de reconstrução de tais interesses poderia sugerir que, sob circunstâncias inéditas até então desconhecidas, a opção pela interrupção dos procedimentos poderia ser considerada e aceita pelo autor da diretriz antecipada, a permitir ao médico desconsiderá-la e realizar uma abordagem direcionada à ortotanásia.

Desse modo, parecem estar melhor assegurados os interesses em jogo, de acordo com os valores professados pela Carta Constitucional brasileira.

Considerações Finais

Chega-se ao final desse breve ensaio, não sem antes lembrar ao leitor que em termos da deontologia médica, o avanço da biotecnologia inegavelmente trouxe novos contornos à

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 291.

²⁷ “What is in a person’s best interests? “Having as good a life as possible” is a natural answer, and it is common to go on to identify the quality of a life with the quality of the experience that makes it up. What is in my best interests, on this view, is having a life made up, as far as possible, of the most desirable experiences, with as few as possible of the undesirable ones. DWORKIN points out that if we take some form of this experiential view to be correct then we cannot explain how it could be in a person’s interest to go on living, despite great pain, because she holds it as a matter of principle that she not give up in the face of adversity. Nor could we explain how it could be either in a person’s interest or contrary to that interest to be kept alive in a persistent vegetative state. If experience is all that matters to our interests then we should be indifferent about what is done to us under these conditions. But most people are not indifferent. Death is of overwhelming significance not only because, for better or worse, it brings experience to an end but also because its nature and timing affect the quality of the life as measured by the person’s critical interests. It can be important for a person to live longer, even despite great pain, in order to finish her life project, or in order to be present at an important family event, or just in order to have fought well and struggled to the end. But this depends on what the person’s critical interests are. DWORKIN suggests that being kept alive in some circumstances can be contrary to a person’s best interests not only when it is painful but also simply because it is so incompatible with the way that person wanted her life to go, and to end”. (SCANLON, T. M. Partisan for Life. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/1993/07/15/partisan-for-life/>. Acesso em 07.04.2020).

medicalização da vida, o que possibilitou, como visto ao longo desse trabalho, abreviar ou prolongar o processo de terminalidade da vida. O Código de Ética Médica, de 2009, se por um lado acolhe a ortotanásia, em seu artigo 41, parágrafo único, por meio dos cuidados paliativos, proíbe terminantemente a eutanásia, do mesmo modo que repele a ideia da distanásia, na medida em que destaca que se deve, a todo o tempo, levar em consideração a vontade expressa do paciente.

No entanto, a excepcionalidade do momento vivido diante do presente cenário pandêmico aponta para situações nas quais o profissional médico terá que enfrentar desafios em que a garantia do direito a uma vida digna de seu paciente, efetivamente, não estará assegurada se não houver a garantia da liberdade do exercício profissional pleno (leitos suficientes, quantidade de respiradores para os doentes que precisam ser entubados) e da própria integridade física do profissional que pode se contaminar pela falta ou insuficiência dos equipamentos necessários para si. Os equipamentos básicos de proteção individual (EPI) são: máscara tipo N95 ou PFF2; óculos ou *Face Shield*; luvas; gorro; capote impermeável e álcool Gel 70%.

Caso se venha a chegar às circunstâncias tão extremas, em que se coloque a questão da priorização de atendimentos a certos pacientes, que se apresentem sob certas condições em detrimento de outros, não se pode reduzir a discussão a simplesmente satanizar a dura “escolha de Sofía” do profissional médico. Urge a toda comunidade preparar-se para ir além das alternativas aos projetos utópicos e apartados da realidade da existência dos seres humanos, dos fatos da vida, da fragilidade que caracteriza a vida.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In: GOZZO, Débora, et. al., *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Autonomia e Solidariedade*. In: TEPEDINO, Gustavo, et. all. *O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: FORUM, 2016.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Trad. Luciana Prudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HOFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christan Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOGEMANN, Edna Raquel. *Conflitos Bioéticos. Clonagem Humana*, 2ª Ed. RJ: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010.

MOURA, Maria da Conceição Diniz Ferreira. *A Inevitabilidade da Morte e o Cuidar em Fim de Vida: Entre a Filosofia e a Bioética*. Lisboa: Coisas de Ler, 2011

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. *Direito a uma Morte Digna*. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso, et. al., *Direito & Justiça Social*. São Paulo: ATLAS, 2013.

PESSINI, Leo. *Distanásia: Até quando prolongar a vida?* 2ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; ed. Loyola, 2007, p. 20.

RACHELS, James. *The End of Life: Euthanasia and Morality (Studies in Bioethics)*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1986.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. PEREIRA, Thiago Rodrigues. *O Direito de Morrer com Dignidade*. In: *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto- SP, a. XXI, v. 25, n. 1, Jan./jun.2016. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/147-172/712>. Acesso em: 04.04.2020.

SCANLON, T. M. Partisan for Life. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/1993/07/15/partisan-for-life/>. Acesso em 07.04.2020).

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica*, v. I. trad. Orlando Soares Moreira. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SHELL, Susan M. *Kant's Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics*. In: PELLEGRINO, Edmund, et. al. *Human Dignity and Bioethics*. Washington, 2008. Disponível em: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/. Acesso em 07.04.2020.

SINGER. Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Um Direito Fundamental à Ortotanásia*. In: PEREIRA, Tânia da Silva, et. al., *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 258).

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Res. 1805/2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em 04.04.2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Res. 2516/2016. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em 04.04.2020.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp. Acesso em 04.04.2020.