

## **O coronavírus, o Direito Penal e a “Escolha de Sofia”: medicina de catástrofe.**

**[i]Por Joaquim Leitão Júnior[ii] e Paulo Reyner Camargo  
Mousinho[iii].**

### **Das considerações iniciais**

Atravessamos os últimos dias por um cenário desolador que nos lembram as séries de ficção científica conjugadas com produções cinematográficas de Hollywood como “The Walking Dead”, “Resident Evil” entre outras, cujos vírus se propagam no meio social de maneira alarmante, causando o caos social de efeitos inimagináveis, tal como ocorre com o coronavírus, guardando obviamente as devidas proporções.

Tem sido noticiado por meio da mídia que no Brasil, infelizmente, não teria leitos, respiradores entre outros equipamentos de logística suficientes para enfrentar novo coronavírus, implicando no colapso do Sistema Único de Saúde.

Ademais, os recursos orçamentários e de saúde são finitos, ou seja, se esgotam. Embora isso não seja levado em consideração normalmente no processo de decisão e nas escolhas feitas para cada paciente num primeiro momento, quando os recursos se tornam extremamente escassos por não permitirem o tratamento de vários pacientes que poderiam ser beneficiados, surge um enorme problema que acaba impondo se cogitar medidas racionais e práticas.

Somado a isso, temos um ordenamento jurídico repleto de prioridades asseguradas para idosos, crianças, adolescentes, jovens, portadores de necessidades especiais, portadores de patologias graves e os integrantes de grupos de vulneráveis – além de ordens judiciais com liminares concedidas – no caso de falta de leitos e equipamentos, como proceder?

## **O novo coronavírus (COVID-19)**

Em termos numéricos, até o dia 22 de março, o novo coronavírus já teria chegado a 114 países e a todos os continentes, exceto a Antártida, infectando mais de 323,6 mil pessoas, levando cerca de 13 mil delas à morte.<sup>[iv]</sup>

No Brasil, já são 25 mortes e 1546 casos confirmados, segundo o Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta. <sup>[v]</sup>

Temos o dever de trazer à tona a afirmação do Ministro Mandetta feita em reunião no Congresso com os presidentes das duas Casas e líderes partidários que a expectativa é uma expansão vertiginosa da pandemia viral. Mandetta pediu que fossem liberados R\$ 5 bilhões de recursos para combater a pandemia e disse que o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual dependem exclusivamente os quase 70% de brasileiros que não têm plano de saúde, não suportará a demanda criada pelo novo coronavírus.

## **“A escolha de Sofia” (Sophie’s Choice)**

Para entendermos melhor a expressão “A Escolha de Sofia” (**Sophie’s Choice**), importante ressaltar que tem origem em um filme estadunidense de 1982, do gênero drama, dirigido e roteirizado por Alan J. Pakula e baseado no romance de 1979 de William Styron.<sup>[vi]</sup>

Em verdade, trata de um drama que uma cidadã por nome de "Sofia" passa, sendo mãe polaca, filha de pai antissemita, presa num campo de concentração de Auschwitz durante a Segunda Guerra e que é forçada por um soldado nazista a fazer uma difícil e dolorosa escolha que lhe afetaria pelo resto de sua vida. Ela (Sofia) é obrigada a escolher entre seus 2 (dois) filhos apenas 1 (um) filho que sobreviverá ou se não escolher nenhum ambos morrerão, impondo aquela à terrível decisão de escolha, onde 01 (um) ou os 02 (dois) filhos inevitavelmente iriam para a câmara de gás.

Este trauma é lembrado por Sofia em 1947, quando ela, residindo em Nova York e casada com um judeu americano, acaba por viver um triângulo amoroso com um aspirante a escritor.

"A escolha de Sofia" neste contexto, é uma expressão que exterioriza a imposição de se adotar uma decisão difícil sob pressão e enorme sacrifício.

## **A "Escolha de Sofia" e o coronavírus**

Transportando isso para o mundo jurídico e para o campo da bioética, a "escolha de Sofia" quer dizer 'escolhas difíceis' e na prática isso significa fazer "escolhas trágicas" de acordo com a chance de sucesso de tratamento de cada paciente, considerando a idade do paciente, doenças preexistentes, a gravidade do seu estado e a possibilidade de reverter esse quadro.

Apesar de ser reputada como uma decisão drástica e excepcional, é uma deliberação que perpassa pelo crivo racional, já que a situação levada ao extremo (completa saturação dos recursos na UTI) cria um "gargalo" no atendimento à população a ser superado.

Caso se faça a opção de escolher tratar o paciente 'errado', se usará muito tempo e recursos finitos com alguém que não se recuperará e será salvo, deixando de atender duas ou três outras pessoas com maiores chances de cura, que podem falecer em razão da opção feita e

inviável sob a ótica médica. Dentro da “escolha de Sofia”, o dilema surge: seria legal optar pelo tratamento do paciente que tenha maior chance de recuperação em detrimento daquele com maior probabilidade de óbito?

Não é difícil observar situação semelhante no contexto vivenciado pela pandemia do coronavírus no cenário internacional, bastando um olhar ao caos italiano, que pode facilmente se estender ao Brasil.

A situação é a seguinte: os hospitais estão lotados de pessoas infectadas por COVID-19, todas em estado grave com Síndrome Respiratória Aguda Grave – SARS, entre elas estão crianças, jovens, adultos, idosos, doentes crônicos, estes dois últimos grupos com alto risco de morte. Sabe-se que há necessidade de leitos com respiradores para o atendimento das vítimas, que não existem em número suficiente. Qual paciente deve o profissional da área de saúde priorizar?

A resposta surge quase que intuitivamente, aqueles que têm mais chances de viver. No entanto, o caso não nos parece tão simplista assim. Sabe-se que idosos e portadores de doenças crônicas, objetivamente considerados, têm maior probabilidade de não responder bem ao tratamento, portanto, menor chance de recuperação. Por isso poderíamos simplesmente deixá-los sem atendimento?

Na Itália, por exemplo, que se vive o drama do coronavírus de maneira gravíssima, as autoridades de saúde e a comunidade médica já cogitam empregar o método de “escolha de Sofia”<sup>[vii]</sup>. Aliás, conforme reportagem, a Itália já prevê deixar pacientes de covid-19 com mais de 80 anos morrerem.

Caro leitor, seria simples se nós fossemos seres apenas racionais, mas como você se sentiria ao levar seu ente querido (mãe, avós, esposas, filhos etc) para o hospital em grave crise respiratória e fosse barrado logo na entrada, sob o argumento de que os leitos estariam separados para pessoas com maior chance de vida? A discussão adentra a Bioética e o Direito. Daí a importância de discutirmos esse tema.

# Medicina de catástrofe

Após certa pesquisa, encontramos com destaque as recomendações éticas específicas sobre atendimento na crise por pandemia do COVID-19 da **Sociedade Espanhola De Terapia Intensiva – SEMICYUC** - para a tomada de decisão sobre quem vai ter acesso aos cuidados intensivos em caso de escassez de leitos. Os protocolos seguem o princípio de dar oportunidade aquele que mais se beneficiará. Para isso, eles aplicam escores específicos de prioridade, que vão de 1 a 4.

As recomendações éticas para a tomada de decisão na situação excepcional de crise por pandemia COVID-19 nas unidades de cuidados intensivos situam-se na denominada **Medicina de Catástrofe**. Veja um pouco sobre o tema:

*“Una pandemia global, como la del SRAS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves consecuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general.*

*Esta situación excepcional se debe manejar **como las situaciones de “medicina de catástrofe”**, aplicando una atención de crisis excepcional **basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de los recursos sanitarios.**”*

Conforme a SEMICYUC espanhola, os **princípios chaves** na gestão de situações de crises são **justiça, dever de cuidar, dever de administrar recursos, transparência, consistência, proporcionalidade e responsabilidade**.

Em caso de desproporção entre as demandas e as possibilidades, é lícito estabelecer uma triagem de ingresso entre os pacientes, baseado no princípio da justiça distributiva, evitando seguir o critério habitual

de 'o primeiro a chegar é o primeiro a receber assistência'. Devem-se adotar critérios estritos de ingresso em UTI's **baseado em maximizar o benefício do bem comum.**

O documento espanhol assevera também que **todo o paciente maior de 80 anos afetado por SARS, tem direito a receber assistência sanitária e se determinar a intensidade terapêutica, seguindo critérios objetivos de idoneidade e expectativas de resolução do processo com base na qualidade de vida e funcionalidade.** O documento exterioriza que só ingressará nas UTI's pacientes com prioridade 1 e 2, conforme escores pré-estabelecidos no indigitado documento.

Dada a sua importância, deixamos ao final do nosso texto um 'link' para 'download' do documento original em língua espanhola.

## **Bioética e Medicina**

DIEGO GRACIA, psiquiatra e professor de História da Medicina e Bioética e diretor de pós-graduação da disciplina na *Complutense Universidad de Madri e do Instituto de Bioética da Fundação para Ciências em Saúde* da mesma cidade, em entrevista concedida no **VI Congresso Brasileiro de Bioética em 2005, em Foz do Iguaçu/PR**, explicou que:

“Penso que, no dia a dia do médico, essa seja a regra de outro, a função dele é conseguir trabalhar as decisões de tal maneira que sejam prudentes, ainda que distintas das que seguiram outros colegas.

Numa decisão clínica há representantes de várias especialidades, tentando resolver qual é a terapêutica mais adequada a determinado paciente. Diferentes médicos podem discordar em relação ao indicado àquele doente e todos estarem atuando bem. **A função da ética não é buscar uma unanimidade. É evitar que as decisões sejam imprudentes.**

Uma deliberação em ética, sim, mas também é clínica. Não existe nenhum médico que inclua a totalidade de fatores referentes ao paciente durante uma tomada de decisão: se explorar exaustivamente o doente, nunca lhe passará um tratamento. Morreriam todos que caíssem em suas mãos.

Toda pessoa que diz 'tenho um problema ético' quer dizer, 'tenho um conflito de valores'. Se um conflito ético não tem solução, não há como deliberar."

## **Reflexos no Direito Penal brasileiro**

Entendemos que a "escolha de Sofia" poderia gerar celeumas sobre eventual tipificação de homicídio entre outros delitos, já que a ninguém seria dado o direito de escolher quem vive ou morre como se Deus fosse, tendo o profissional médico o dever de envidar esforços para salvar qualquer vida, conforme juramento de Hipócrates quando da formatura no curso de medicina.

O Código de Ética Médica no Brasil adotou importantes modificações referentes ao direito de autonomia da pessoa doente e à modalidade de assistência a pacientes diagnosticados como "fora de possibilidades terapêuticas de cura" ou terminais, em vista dos cuidados paliativos, podendo nos trazer soluções práticas sobre a ortotanásia, a boa morte, a morte sem sofrimento. Mas esse não é o caso, pois o paciente deseja viver e quer o tratamento, que nem sequer é iniciado.

Algumas indagações surgem nesse dilema: o profissional de saúde poderia se negar a atender, mesmo em estado grave, os integrantes do chamado grupo de risco (idosos e portadores de doenças crônicas) no Brasil? Quais seriam os reflexos penais dessa negativa?

O tema é delicado e não há precedentes sobre o assunto. Precisamos nos valer de determinantes sociais, valores morais, critérios científicos e definições legais para o enfrentamento técnico da questão.

Fazendo um recorte ilustrativo quanto à situação do idoso, a Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso, com fundamento no texto constitucional, prevê no art. 3º como obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida e à saúde. O § 1º do mesmo artigo ainda deixa mais expresso que a garantia à prioridade compreende, entre outras, acesso à rede de serviços de saúde. Como essa previsão, a Lei estabelece ações que permitam o envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Não obstante o atendimento prioritário ao idoso, há um plexo de segmentos sociais que demandam atenção detida. À criança e ao adolescente, por exemplo, o art. 227 da CF/88 também determina prioridade absoluta no atendimento do direito à vida e à saúde.

Diante dessa celeuma, pragmaticamente, como escolher entre um idoso e uma criança infectados por COVID-19, ambos em estado grave?

Caso o profissional de saúde opte por atender qualquer deles, ante a falta de leitos suficientes para acomodar ambos, entendemos que a situação se encaixa com perfeição na excludente de ilicitude de estado de necessidade, nos termos do art. 24 do Código Penal, pois praticou fato para salvar de perigo atual (Síndrome Respiratória Aguda Grave provocada por COVID-19), que não provocou por sua vontade, nem podia evitar (é uma pandemia iniciada na China!), direito de outrem, qual seja, a saúde, a vida daquele que vai obter tratamento adequado.

Como último requisito do Estado de Necessidade resta “*cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*”. A circunstância, *in casu*, é a ausência de leitos suficientes para todos os pacientes. Sobre a razoabilidade, no entanto, nossa compreensão é que a vida humana não pode ser aferida como de maior ou menor valor. Assim, a vida do idoso não tem menor valor que a da criança ou vice-versa. O estado de necessidade é caracterizado pelo conflito de interesses lícitos, consoante nos ensina Cleber Masson[viii].

A teoria unitária, adotada pelo art. 24, caput e § 2º do CP, traduz que o estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude, desde que o bem sacrificado seja de igual ou inferior valor ao bem jurídico preservado. Sendo a vida de todos de igual valor, tal requisito também se mostra preenchido.

A classificação doutrinária indica, ainda, estado de necessidade agressivo, pois para preservar o bem jurídico (vida), o médico pratica ou deixa de praticar o fato (realizar o atendimento adequado) contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente (vida/saúde), ou seja, pessoa que não provocou a situação de perigo, o paciente não atendido.

Sob outro aspecto, pode o médico agir sob o amparo do estrito cumprimento do dever legal (sentido amplo) caso haja disciplinamento e objetivação normativa sobre os critérios de escolha de atendimento dos pacientes infectados pelo COVID-19, com o estabelecimento de escores, tal como ocorreu na Espanha.

Uma vez que as autoridades de Saúde e Sanitárias definam critérios, ao cumpri-los o médico também estaria amparado por essa excludente (CP, art. 23, III).

Critérios racionais podem ser adotados, o mais usual é o atendimento daqueles que chegam primeiro, diante da ausência de leitos para atender os que chegam depois; outro critério, por exemplo, seria transferir pessoas que não estão respondendo ao tratamento para cuidados paliativos. À luz do entendimento dos critérios estabelecidos pela bioética médica espanhola, o máximo benefício do bem comum nos parece um bom norte a ser seguido.

Finalmente, no campo do Direito Penal, pode ainda ser altercada a possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa, compreendida a impossibilidade de comportamento diferente do adotado, em razão do **conflito de deveres**, pertinente a causa supralegal de excludente de culpabilidade. Situação semelhante é citada por Cirino do Santos<sup>[ix]</sup> no exemplo do maquinista que para evitar colisão com trem de

passageiros, acarretando a morte de muitos deles, desvia o trem de carga desgovernado para trilho diferente, causando a morte de alguns trabalhadores.

De todo modo, se a “Escolha de Sofia” for feita dentro de parâmetros razoáveis, estará amparada pelo Direito. Ressalta-se, por fim, a necessidade de respeito à dignidade humana de todos os pacientes, que pode ser representado no direito à triagem com critérios objetivos justos, e informações adequadas sobre o seu estado de saúde, as condições do sistema de atendimento e dos próprios critérios estabelecidos.

Ainda temos uma temática correlata que dialoga sobre o assunto como **eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido**, embora não será tratada na oportunidade.

## Das considerações finais

Após profunda reflexão, chegamos à conclusão que a “Escolha de Sofia”, no caso do atendimento médico aos pacientes infectados por coronavírus (COVID-19), não competindo em regra aos juristas. A dinâmica dos atendimentos médicos no contexto da pandemia do coronavírus encontra poucos precedentes históricos recentes. A escolha entre quem deve ser atendido, ou não, pertence aos profissionais que estão lidando com a situação concreta, impondo-se o estabelecimento protocolos nacionais de bioética, a exemplo do que vem ocorrendo no âmbito internacional.

Embora a escolha não caiba em regra aos juristas, a análise da razoabilidade, da objetividade e da racionalidade dos critérios pode ser objeto de questionamento no âmbito do Direito Penal, em ponderação difícilíssima, diante da complexidade do tema.

Mormente a pandemia do COVID-19 seja assunto recente, a saúde pública brasileira passa por situação alarmante há bastante tempo, havendo notícias desde sempre acerca da falta de leitos, de

medicamentos, de profissionais, desorganização no atendimento e, inclusive, crimes comissivos por omissão em determinados casos.

Talvez não percebamos, mas todos os dias, seja antes ou durante (e provavelmente após) a pandemia vivenciada, as “Sofias”, representadas pelos profissionais de saúde, tenham que fazer escolhas dramáticas. Talvez vivamos, no Brasil, em constante estado de “medicina de catástrofe”. Se pudermos extrair algo positivo disso tudo, que seja a clareza da necessidade de se estruturar e priorizar a Saúde Pública do nosso país – dentre outros segmentos que também merecem prioridade até como fator de prevenção.

---

[i] Agradecemos o importante auxílio do Dr. Pedro Artur Lobato Baptista, Perito Médico Legista da POLITEC/AP, por sua contribuição na apresentação de conceitos importantes de bioética.

[ii] Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso. Atualmente Assessor Institucional da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos.

**[iii] Delegado de Polícia Civil no Amapá. Atualmente Assessor Institucional da Polícia Civil do Estado**

**do Amapá. Ex-Policial Militar. Graduado em Direito pela Universidade do Distrito Federal – UDF, Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública. Autor do livro Peças e Prática da Atividade Policial e de diversos artigos jurídicos. Administrador do site Justiça & Polícia e Professor de cursos preparatórios para carreira de Delegado de Polícia, Instrutor da Academia Integrada de Formação e Aperfeiçoamento – AIFA.**

[iv] Dados disponíveis em: <

<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51987873>>. Acesso 22.03.2020.

[v] Fonte: Ministério da Saúde, dados obtidos no dia 22.03.2020.

Disponível em:< <https://www.saúde.gov.br/noticias/agencia-saúde/46573-coronavirus-25-mortese1-546-casos-confirmados>>.

Acesso em 22.03.2020.

[vi] **A Escolha de Sofia (filme)**. Disponível em:

<[https://pt.wikipedia.org/wiki/A\\_Escolha\\_de\\_Sofia\\_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Escolha_de_Sofia_(filme))>..

Wikipedia – A Enciclopédia Livre. Acesso em 21 de março de 2020

**[vii] Coronavírus: Médicos na Itália podem ter de fazer 'escolha de Sofia' por quem vai receber tratamento. Em questão de dias, a Itália tornou-se o**

**segundo país mais afetado pela pandemia do novo coronavírus — e a situação continua a se agravar. O total de casos confirmados ultrapassou 15 mil, e já foram registradas mais de mil mortes. Publicado no Globo.com em 13 de março de 2020. Disponível em: << <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/03/coronavirus-medicos-na-italia-podem-ter-de-fazer-escolha-de-sofia-por-quem-vai-receber-tratamento.html> >>. Acesso em 21 de março de 2020.**

[viii] MASSON. Cleber. Código Penal Comentado. 2 ed. rev. atual. Editora: Método. São Paulo. 2014. p. 204.

[ix] Juarez Cirino dos Santos. A moderna teoria do fato punível. Ed. Freitas Bastos. 2000. p. 268.

**Disponível em:** <https://joaquimleitaojunior.jusbrasil.com.br/artigos/823700850/o-coronavirus-o-direito-penal-e-a-escolha-de-sofia-medicina-de-catastrofe>