

Vida contra Vida e Colisão de Deveres no Contexto de Covid-19: o Que os Médicos Precisam Saber

Life Against Life and Collision of Duties in the Context of Covid-19: What the Physicians Should Know

LUCAS MINORELLI¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.

MATHEUS ALMEIDA CAETANO²

Universidade de Coimbra, Portugal.

RESUMO: A partir de um grupo de casos e recorrendo à revisão bibliográfica, o presente artigo propõe uma explicação sobre o tratamento jurídico-penal da colisão de deveres e como ela pode oferecer segurança jurídica às equipes médicas no atual contexto da pandemia de Covid-19 enfrentada pelos profissionais de saúde durante as situações de triagem. Aqui defende-se que, uma vez atendidas as exigências legais, as decisões dos médicos em situações de triagem encontram-se justificadas ante o ordenamento jurídico-penal brasileiro e contra elas não cabe legítima defesa por parte dos pacientes ou de terceiros. Aborda-se, também, ainda dentro daquele grupo de casos, as situações nas quais as práticas médicas seriam exculpadadas ou incidiriam em responsabilidade penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal médico; causas de justificação; causas de exculpação; colisão de deveres; conflito de deveres; triagem.

ABSTRACT: The present paper, through the study of multiple cases and bibliographic review, explains the Brazilian Criminal Law treatment of the collision of duties and how it can offer legal certainty to medical staffs in the current context of the Covid-19 pandemic during triage situations, which the allocation or reallocation of scarce medical goods (especially ventilators) is so problematic. It is argued that, once the legal requirements are met, physicians' decisions in triage situations are justified according to the legal order and the self-defense cannot be used legitimate any defense by patients or others. Considering these multiple cases, it also addresses the situations in which medical practices would be excused or would incur criminal liability.

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-3571-6047>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-2889-4582>>.

KEYWORDS: Criminal law of medicine; excuse; justification; collision of duties; conflict of duties; triage.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Grupo de casos; 2 Uma causa de justificação relembrada; 3 Dilemas de vida contra vida; 4 Situações de descumprimento; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

A relação entre o direito penal e a medicina costuma ser compreendida como uma “guerra fria entre juristas e médicos” (Cunha, 2003, p. 809). Todavia, em razão do cenário de pandemia atualmente enfrentado, deve-se impor uma trégua. Os médicos necessitam alocar recursos escassos ao mesmo tempo em que não podem infringir as normas do ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, o presente artigo visa contribuir para a referida trégua por meio da análise e resolução dos casos suscitados abaixo (cf. item 1). À primeira vista, alguns deles podem ser tidos como experimentos mentais³, mas não é disso que se trata, pois estamos diante de situações com alta probabilidade de ocorrência, algumas delas, inclusive, noticiadas neste cenário de pandemia⁴. São casos de difícil resolução que demandam esforços da comunidade jurídica, dos conselhos de ética ligados aos médicos e da sociedade para explicar à comunidade médica⁵ e aos demais implicados em

3 Sobre a importância dos experimentos mentais para as teorias vinculadas à prática do direito penal, cf.: Minorelli e Ceolin (2019). Segundo von der Meden (2020), “os dilemas que os juristas conhecem sobretudo a partir dos livros didáticos estão se tornando uma realidade cruel”.

4 Como se mostra no Caso 5 (cf. no item 1, a seguir), inspirado pelo Padre italiano Giuseppe Berardelli, que, ao ceder o respirador para um paciente mais jovem, não resistiu aos sintomas e foi a óbito (G1, 2020).

5 Considerando-se a gravidade das consequências dessas difíceis decisões dos médicos no âmbito das triagens (cf. item 1, *in fine*), por uma razão de ordem, apresentam-se os seguintes comentários. O primeiro consiste em negar ou assumir a necessidade de positivar critérios de triagem (para uma abordagem geral sobre esses dois caminhos divergentes, cf. Taupitz, 2020, p. 440 e s.). Caso se opte pelo primeiro, o qual nos parece mais correto, seguem algumas observações a seguir no texto. Entretanto, caso se opte pela criação de critérios legais de triagem, cabe primeiramente deliberar quem seria o legitimado para determiná-los e depois quais os critérios adotados para tal. Mesmo que as decisões dilemáticas atinjam juridicamente os profissionais da saúde, nomeadamente os médicos, destaca-se que a classe médica não tem competência para deliberar sobre critérios que – ainda que de ordem técnica – decidirão quem vive e quem morre ao final de contas. Nesse sentido, “escondem-se em vão, atrás de critério médico de indicação, decisões de valores normativas, para as quais a Medicina nem é competente nem responsável” (Moghadam; Gutman, 2020, p. 5). Inclusive, nesse sentido, é importante a crítica sob o argumento da soberania popular e a quem caberia estabelecer esses critérios de triagem (Walter, 2020, p. 2 e 5), a saber: “Para as questões éticas, [os] médicos não têm nenhuma grande competência profissional como todos nós. E a nossa voz é o Legislador que nós elegemos”, portanto, “o legislador tem de assumir sem demora sua própria responsabilidade. Ele não fez isso, os doentes, os médicos e os juizes terão de pagar os pratos quebrados [ou se se preferir: terão de pagar o pato] por sua covardia” (também citado por Taupitz, 2020, p. 450, p.c.-s.c.). Por fim, quando se tratam de conflitos, a Medicina adentra o âmbito normativo, seja pela Ética, seja pelo Direito. Não deixa de ser um assunto da coletividade, de interesse público e relevância geral ao nível de direito fundamental (Taupitz, 2020, p. 442, p.c.).

geral a problemática da colisão de deveres e como se chegar a soluções que não contrariem nosso ordenamento jurídico, uma vez que, em um contexto de vida contra vida, *dificilmente se pode dizer que há uma única solução correta*.

Considerando os fatos e a urgência por eles imposta, bem como ao recorrer à revisão bibliográfica, às normas aplicáveis e aos principais precedentes nessa matéria, o presente artigo propõe-se a explicar como o tratamento jurídico-penal da colisão de deveres poderia contribuir para uma correta tomada de decisão em termos legais pelos médicos no atual contexto de pandemia e propiciar, conseqüentemente, uma justificação perante a sociedade dessas decisões no contexto prático dos hospitais, bem como orientar os Tribunais em possíveis questões judicializadas sobre a presente temática⁶. O trabalho visa, ainda, demonstrar a importância da teoria ao aplicá-la de forma clara, acessível não apenas para juristas, mas sobretudo para os profissionais da saúde⁷. Após a exposição dos casos e das noções de triagem (cf. item 1), desenvolveremos os conceitos essenciais vinculados às causas de justificação e de exculpação (cf. item 2), ao passo que, na parte seguinte (cf. item 3), eles serão aplicados com maior concreção aos casos suscitados, conforme as espécies de triagem desenvolvidas, e, quando estritamente necessário, convocados outros elementos para a resolução dos demais casos apresentados. Ato contínuo, discutimos as possibilidades de descumprimento e suas respectivas conseqüências jurídicas (cf. item 4).

1 GRUPO DE CASOS

Caso 1: A e B (dois adultos de mesma faixa etária e sem maiores problemas de saúde) estão sob suspeita de infecção pelo vírus SARS-CoV-2 (*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*) e com sintomas de Covid-19 (*coronavirus disease 2019*). Ambos chegam, simultaneamente, à emergência de um hospital. Após os testes e exames médicos, chega-se à conclusão de que ambos estão contaminados e necessitam de respiradores artificiais, sendo que há apenas um aparelho disponível.

6 Em termos simples, sobre a situação de escassez de respiradores e a decisão dos médicos de quem salvar e, logo, quem deixar de salvar, frisamos que isso não implica deixar de oferecer tratamento médico, mas tão só oferecer o tratamento médico *possível* diante das circunstâncias (Amib, 2020, p. 2; Ast, 2020, p. 268; Walter, 2020; Denzel, 2020, p. 24-25; Emanuel et al., 2020, p. 2054; Taupitz, 2020, p. 440, s.c.).

7 Nesse sentido, quanto à afetação psicológica da equipe médica, nomeadamente em casos de desconexão de um paciente do respirador para dar lugar a outro, cf.: Emanuel et al., 2020, p. 2052-2053; por sua vez, em relação à insegurança jurídica dos médicos para tomar decisões sobre a quem fornecer o tratamento médico intensivo e a quem não, cf.: Melo; Torres, 2020, p. 60 e 76, aqui os autores classificam as situações de triagem enfrentadas pelos médicos como “escolhas de Sofia”.

Caso 2 (variável do *Caso 1*): A (adulto que ignorou as regras de isolamento social e os cuidados individuais orientados pelos governos municipal, estadual e federal⁸) chegou antes de B (adulto que tomou os cuidados necessários dentro de suas necessidades e limitações socioeconômicas) ao hospital, mas o último encontra-se em pior situação de saúde.

Caso 3 (variável do *Caso 1*): B (uma criança ou adolescente, mas também poderia ser um idoso, nas duas possibilidades sem quaisquer comorbidades) chega na emergência de um hospital imediatamente depois de A (um adulto sem comorbidade). Ambos são diagnosticados com insuficiência respiratória e necessitam de respiradores artificiais, mas há apenas um disponível.

Caso 4 (variável do *Caso 1*): o paciente A (idoso e com comorbidades) reivindica para si o único respirador artificial disponível junto ao médico responsável sob a alegação de que o ordenamento jurídico prioriza o seu atendimento em face do paciente B (adulto e sem comorbidades).

Caso 5 (variável do *Caso 1*): o paciente A, idoso e com comorbidades, em pleno gozo de suas capacidades mentais, manifesta-se expressa e conscientemente ao médico responsável que B (adulto e sem comorbidades) deve receber o único respirador artificial disponível, pois, neste caso trágico, o mais jovem com maior perspectiva de vida deveria sobreviver e não ele.

Caso 6: o paciente A, idoso e com comorbidades, está conectado ao último respirador artificial de um determinado hospital, mas possui uma baixa probabilidade de recuperação. B (adulto e sem comorbidades) chega ao mesmo hospital e necessita de um respirador artificial, possuindo uma significativa probabilidade de recuperação, segundo os prognósticos médicos.

Caso 7 (variável do *Caso 6*): o paciente A, adulto e sem comorbidades, está conectado ao último respirador artificial de um determinado hospital e com significativa probabilidade de recuperação, segundo os prognósticos médicos. O paciente B, idoso e com comorbidades, chega ao mesmo hospital e necessita de um respirador artificial, mesmo possuindo uma baixa

8 Segue apenas um comentário sobre a real situação nacional de enfrentamento da pandemia de Covid-19 sem qualquer relação com o hipotético Caso 2. Assim, em termos alusivos, talvez o grande problema enfrentado e ainda a enfrentar-se pelo Estado brasileiro é o descompasso entre os entes municipais (os Municípios), estaduais (os Estados Federativos) e federais (a União). Considerando-se a competência comum de todos os entes federativos no tocante à matéria de saúde pública (art. 23, II, da CF de 1988 e confirmada na ADI 6.341/2020 no STF), são inequívocas as falhas de ordem organizacional, logística e política, que nada colaboraram para um tratamento minimamente sério dessa relevante questão.

probabilidade de recuperação, ele reivindica para si o respirador artificial ocupado por A junto ao médico responsável sob a alegação de que o ordenamento jurídico prioriza o seu atendimento.

Caso 8 (variável do *Caso 6*): o paciente A, adulto e sem comorbidades, está conectado ao último respirador artificial de um determinado hospital; o paciente B (criança e sem comorbidades) chega ao mesmo hospital e necessita de um respirador artificial, possuindo ambos significativas probabilidades de recuperação, segundo os prognósticos médicos. Os pais de B reivindicam junto ao médico responsável o respirador artificial ocupado por A sob a alegação de que o ordenamento jurídico prioriza o seu atendimento.

Caso 9 (variável do *Caso 6*): o paciente A, idoso e sem comorbidades, está conectado ao último respirador artificial de um determinado hospital e possui razoáveis probabilidades de recuperação. A paciente B (adulta, grávida de 6 meses e sem comorbidades) chega ao mesmo hospital e necessita de um respirador artificial, possuindo ambos (B e o seu feto) uma significativa probabilidade de recuperação, segundo os prognósticos médicos.

Tudo isso, convém lembrar, ocorre em um contexto de *triagem*, ou seja, requer a eleição ou priorização segundo as necessidades médicas de cada paciente para determinar o melhor uso possível de recursos escassos (Denzel, 2020, p. 25) ou, ainda, um processo de tomada de decisão sobre quem dever ser priorizado para recebimento de tratamento médico adequado em razão da escassez de recursos (nesse sentido, cf. Rönnau; Wegner, 2020, p. 403, p.c.; Taupitz, 2020, p. 440, p.c.). Trata-se de um conceito originário da medicina de guerra e de catástrofes (Lübbe, 2020, p. 437; Denzel, 2020, p. 26, destacando-se a origem nas guerras napoleônicas, por isso, também vinculado à medicina militar). Destaca-se que o princípio de salvamento do número máximo de vidas é defendido há dois séculos por meio da triagem (Lübbe, 2020, p. 437).

Assim, destaca-se, em termos alusivos, os quatro grupos de triagem aplicados à medicina de catástrofe que podem ser aproveitados para os casos de pandemia, a saber: I – as pessoas são classificadas em doentes com agudo perigo de morte ou que correm perigo de morte, pois o tratamento médico é urgente; II – os lesionados e doentes gravemente, mas que podem aguardar pelos cuidados médicos; III – os lesionados e doentes levemente que podem ter seus tratamentos remarcados; IV – restam aqui os que estão inevitavelmente moribundos, são os doentes e feridos sem chances de sobrevivência. Para o último grupo, os bens e os serviços médicos racionados

não estão acessíveis, restando apenas os serviços de cuidados paliativos, uma vez que os seus respectivos salvamentos não são mais viáveis (Taupitz, 2020, p. 444, p.c., onde destaca que “os grupos de triagem I a III estão conformes a Constituição”).

Trabalharemos com duas espécies de triagem: a *ex ante* e a *ex post*⁹. A primeira lida com a distribuição dos escassos respiradores para o tratamento dos pacientes que chegaram ou estão por vir (Casos 1, 2, 3, 4 e 5). Segundo Rönnaue Wegner (2020, p. 404, p.c.), trata-se da situação em que a “distribuição de um número limitado de alas de tratamento [médico] para os recém-chegados pacientes” ou, ainda, em que “há mais pacientes a chegar do que capacidade de tratamento e por isso é necessário escolher quem é tratado”. Assim, segundo um dos conselhos de ética médica na Alemanha¹⁰, recomenda-se que o tratamento médico deve guiar-se pela perspectivas do resultado clínico na triagem *ex ante*, “é tratado de quem com alta probabilidade de sobreviver (princípio de ‘salve o máximo’)” (Rönnaue Wegner, 2020, p. 405, p.c.). Por sua vez, a triagem *ex post*, também conhecida como triagem reversa¹¹, seria a “interrupção de um tratamento contínuo em favor de recém-chegados pacientes” (Rönnaue Wegner, 2020, p. 405, p.c.). Nela discute-se a realocação dos recursos escassos e já distribuídos (Casos 6, 7, 8 e 9) e, por conseguinte, a desconexão do respirador de algum paciente em tratamento para a conexão de outrem que aguardava por uma vaga.

Conforme já alertado, a questão fulcral está nos possíveis critérios empregados nas triagens, uma vez que, a título de menção, não se pode admitir fatores de discriminação, como idade, raça, gênero, ideologia, religião, nos moldes de um dos objetivos da República e do princípio da isonomia (art. 3º, inciso IV, da CF; art. 5º, *caput* e inciso VIII, da CF)¹². Assim, destaca-se que, na triagem *ex ante*, por meio do critério do ponto de vista do resultado de sucesso do tratamento, procura-se fazer valer o princípio de salvar o máximo de doentes possível, segundo uma alta probabilidade

9 Não ignoramos uma terceira espécie de triagem tratada pelos autores em geral, a da triagem preventiva, essa apenas não será objeto deste artigo. Informativo, cf.: Rönnaue Wegner, 2020, p. 404, p.c.; Denzel, 2020, p. 63; Ast, 2020, p. 269.

10 *Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv-und Notfallmedizin (DIVI)*. Disponível em: <www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>. Acesso em: 2 out. 2020.

11 Também conhecida como *triagem de continuação* ou *triagem subsequente*, segundo a qual, “de acordo com o grau de prioridade estabelecido, a triagem também poderá ser estendida aos pacientes que já estão em cuidados intensivos, após algum período de tratamento” (Amib, 2020, p. 3).

12 Nesse sentido, no Direito alemão, cf. Rönnaue Wegner, 2020, p. 404, s.c.; Taupitz, 2020, p. 444, p.c., destaca que um princípio como o das “mulheres primeiro” viola o princípio jurídico da igualdade da Lei Fundamental alemã (art. 3, n. 3, da GG).

de (Rönnau; Wegner, 2020, p. 405, p.c.). Por sua vez, na triagem *ex post*, considerando-se que o tratamento médico intensivo já foi iniciado, destaca-se o princípio de quem tem a chance, possuí-la (“*Wer hat, der hat!*”). Eis uma forma de não usurpar o destino ou não brincar de Deus, ideia bastante forte da filosofia moral que, em direito penal, acaba tendo ressonância na prioridade do dever de omissão frente ao dever de ação.

Em uma tentativa de traduzir a tabela apresentada por Emanuel e colaboradores (2020, p. 2052, Tabela 2) sobre os valores éticos e os princípios orientadores para a distribuição de recursos na pandemia de Covid-19, respectivamente, destaca-se o que segue. Quanto a maximizar benefícios, os princípios de salvar o número máximo de vidas e o número máximo de anos de vida devem receber prioridade máxima. Quanto ao tratamento igualitário das pessoas, o “princípio do primeiro a chegar, é o primeiro a ser atendido” (*First-come, first-served*) não deve ser empregado, enquanto o princípio da escolha randômica apenas deve ser utilizado na seleção de doentes com prognóstico médico similar. Com relação ao valor instrumental de benefício para outros, considerando-se uma “retrospectiva” do contributo das pessoas, deve-se priorizar os participantes de pesquisa e os profissionais da saúde em caso da maximização de benefícios ser igualitária; se se considerar uma “perspectiva” de quem contribuirá mais, impõe-se priorizar os profissionais da saúde. Por fim, com relação a dar prioridade aos mais doentes, o princípio de tratar o mais doente primeiro apenas será aplicado se for compatível com a maximização de benefícios, enquanto o princípio de priorizar o mais jovem será considerado se maximizar benefícios, como, por exemplo, a evitação da propagação do vírus.

Antes de passar ao próximo item, frisamos que “nenhum valor é suficiente sozinho para determinar qual paciente deveria receber recursos escassos. Por isso, a alocação justa requer uma estrutura de múltiplos valores que possa ser adaptada, dependendo do recurso e contexto em questão” (Emanuel *et al.*, 2020, p. 2051, s.c.).

2 UMA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO RELEMBRADA

Além de seguir à risca o Código de Ética Médica (CEM)¹³, o profissional da medicina deve também cumprir as demais leis do próprio ordenamento jurídico enquanto cuida de seus pacientes, seja por meio da rede pública seja por meio da rede particular de saúde. Por ora, deixemos de lado

13 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018.

a responsabilidade civil¹⁴ e voltemos as atenções para a responsabilidade penal. Um crime ocorre não só quando o autor realiza a conduta proibida pela lei, mas também quando se omite de praticar a conduta exigida por essa mesma lei. Em outras palavras, o direito penal pune tanto a violação de proibições (que protege os interesses individuais e coletivos por meio de vedações de certos comportamentos) quanto a de mandamentos (que também protegem esses interesses, mas aqui por meio da imposição de certos comportamentos, doravante denominados deveres). Logo, o crime pode ser comissivo ou omissivo¹⁵.

Quanto à última modalidade (o gênero), costuma-se dividi-la em duas (as espécies): as omissões próprias e as omissões impróprias (Fragoso, 1985, p. 237-238). A *omissão própria* advém de um dever geral destinado a todo e qualquer cidadão, dever esse determinado pela moldura típica do crime¹⁶. A *omissão imprópria*, por seu turno, decorre de um dever específico vinculado ao agente que equipara o resultado omissivo que se deve impedir com a comissão desse mesmo ato¹⁷. Exemplificando, um médico fora do expediente que não auxilia a vítima de um acidente de trânsito responderá por omissão de socorro¹⁸, um crime omissivo próprio, ao passo que o seu colega de profissão que, apesar de dispor dos meios necessários, nega auxílio a um paciente em situação crítica durante um plantão no hospital, cometerá homicídio¹⁹ sob a forma omissiva imprópria.

Em termos analíticos, o crime constitui em uma ação ou uma omissão típica²⁰, ilícita (ou, se se preferir, ausente de incidência de quaisquer causas

14 Art. 186 do Código Civil (CC). Apenas serão mencionadas na Seção 3, conforme os casos sugeridos antes, as situações em que os profissionais da saúde poderiam estar sujeitos à responsabilidade civil, mas sem quaisquer aprofundamentos, uma vez que não se trata do objeto deste trabalho.

15 Esse é o entendimento majoritário, embora existam concepções que compreendam o crime sempre como a violação de um dever (Coca Vila, 2016).

16 Não custa lembrar: na terminologia jurídica, o *tipo penal* (tradução do termo alemão “*Tatbestand*”) corresponde ao conjunto de elementos objetivos e subjetivos que compõem determinado crime previsto em lei. De tal forma, quando alguém diz que a conduta é *típica* ou *atípica*, está a falar se estão presentes ou não os elementos que conformam o crime. Por fim, apenas se destaca que a atipicidade de uma conduta pode se dar pela ausência do preenchimento daqueles elementos objetivos e/ou subjetivos ou ainda pela presença de uma causa de atipicidade.

17 Art. 13, § 2º, do Código Penal (CP). Por isso, antecipamos já que os médicos ocupam uma posição de garante diante dos pacientes que estão sob os seus cuidados, o que significa que, dentro dos limites da natureza, materiais e humanos, os médicos são responsáveis por evitar o resultado morte daqueles. Nesse sentido, por todos, cf.: Ast, 2020, p. 268; Hoven, 2020, p. 4; Jäger; Gründel, 2020, p. 152, 159 e 161; Zimmermann, 2020, p. 2; rönna; Wegner, 2020, p. 404, p.c.-s.c.; Melo; Torres, 2020, p. 62-68, embora com algumas divergências a seguir apontadas.

18 Art. 135 do CP.

19 Art. 121, combinado com o art. 13, § 2º, ambos do CP.

20 Nesse sentido, sobre a inconveniência dogmática de um conceito amplo (“*Oberbegriff*”) de ação e omissão, além de pré-típico em direito penal, cf.: D’Ávila, 2014, p. 135-163.

de justificação) e culpável (censurável ao autor por ter tido consciência da ilicitude de seu ato ou de sua omissão, bem como por, apesar de ter condições fáticas e capacidade jurídica para se comportar licitamente, optou pelo caminho da ilicitude)²¹. Uma vez definido o que é um crime e como ele se manifesta (por ação ou omissão), cabe-nos explicar a existência de comportamentos perfeitamente enquadráveis na moldura típica que não ensejam a aplicação de pena, quando presente uma causa de justificação ou de exculpação²². *Exculpar* alguém implica reconhecer a existência de uma prática ilícita, contrariando a ordem jurídica, porém sem responsabilização de quem a praticou. O exemplo de exculpação mais familiar aos médicos é a inimizabilidade, embora também admita-se a exclusão da culpabilidade por ausência de potencial conhecimento da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa.

Por outro lado, *justificar* uma conduta significa que ela promove um valor previsto em lei. Enquanto a prática de um crime constitui um *desvalor*, a realização de uma causa de justificação representa a concreção de um *valor* perante o ordenamento jurídico. No entanto, a realização desses valores pressupõe uma *ponderação* entre os interesses protegidos, em que deve prevalecer o hierarquicamente superior²³. Além da causa de justificação mais emblemática, a legítima defesa²⁴ e, a com maior apelo entre os profissionais da medicina, o consentimento (Dias, 2007, p. 470 s.; Ries *et al.*, 2017, p. 132-134; Deutsch; Spickhoff, 2008, p. 162-219), podemos des-

21 Em termos alusivos, sobre o conceito analítico de crime: "A dogmática penal contemporânea trabalha com duas categorias elementares do fato punível: o *tipo de injusto* e a *culpabilidade*. Essas categorias elementares concentram todos os elementos da definição *analítica* de fato punível, mas a operacionalização da definição analítica requer o *desdobramento* daquelas categorias gerais nas categorias mais simples que as constituem: a) o conceito de *tipo de injusto*, constituído pela existência concreta de uma *ação típica* e *antijurídica*, está na base da controvérsia entre os modelos *bipartido* e *tripartido* de crime; b) o conceito de *culpabilidade* alcançou um relativo consenso, constituído de *capacidade penal*, de *conhecimento do injusto* (real ou potencial) e de *exigibilidade de comportamento diverso*" (Santos, 2018, p. 75).

22 Conforme o modelo analítico adotado no Brasil e em outros países da tradição de *civil law*, a análise das causas de exculpação ocorre após a das causas de justificação, implicando a existência um juízo negativo das últimas para avaliar a ocorrência das primeiras. Para fins didáticos, invertamos a ordem de exposição delas no presente trabalho. Sobre a relevância da distinção entre justificação e exculpação na ordem jurídica alemã, estamos de acordo com Amos (2020, n.p.): "Esta distinção está longe de ter pura natureza acadêmica. Por um lado é uma considerável distinção, se o Estado lança uma censura de injusto [*Unrechtsvorwurf*] contra alguém. Mas os autores chamam atenção para um outro ponto ainda: o fato seria somente desculpad, teriam possivelmente os pacientes e parentes [próximos] direitos de legítima defesa contra suas ações".

23 A ponderação de interesses remete ao *Caso da Indicação* ("*Indikations-Fall*" – RGSt 61, 242), julgado pelo *Tribunal do Império Alemão* ("*Reichsgericht*") em 1927, que reconheceu como lícito a prática abortiva realizada por dois médicos para salvar a vida da gestante por meio de um estado de necessidade justificante supralegal. Desde então, o reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude passa pela ponderação (sopesamento) dos interesses envolvidos, de modo que, além da promoção do fundamento, deve ela promover a salvaguarda do interesse preponderante.

24 Art. 25 do CP.

tacar o estado de necessidade justificante²⁵. Em relação ao último, a conduta do agente que visa ao salvamento próprio ou de terceiro será justificada, desde que ponderáveis os interesses em jogo, ou seja, estaria justificado cometer o crime de furto ou de lesão corporal contra alguém para salvar a vida de outrem, uma vez que a última é jurídica e axiologicamente superior à propriedade e à integridade física.

Essa ressalva para o estado de necessidade justificante leva em conta um imperativo tão familiar quanto caro para os profissionais da saúde, a *imponderabilidade da vida humana*, segundo o qual a vida de um ser humano não pode ser ponderável, instrumentalizada para a promoção de fins, representando ela um fim em si mesmo²⁶. Por isso, embora em determinadas situações esteja presente um conflito de interesses desigual, não se justificará o comportamento lesivo daquele de menor valor, caso se viole a autonomia e a dignidade humanas (a extração de órgãos ou sangue contra a vontade de A para salvar B, por exemplo). Essa imponderabilidade se dá em termos quantitativos e qualitativos, de modo que a vida de A não vale menos que a de B e a supressão desta não seria justificada pela subsistência das vidas de C e D. Em outras palavras e fora de um contexto de legítima defesa e de um dilema de vida extrauterina contra intrauterina, o ordenamento jurídico não pode justificar a morte de um inocente, de modo que, quando falamos em imponderabilidade da vida humana, inevitavelmente estamos a falar da vida humana inocente e já nascida²⁷. Esse conceito se aplica ao clássico exemplo

25 Art. 24 do CP.

26 Uma análise crítica desse conceito pode ser encontrada em Wilenmann (2016).

27 E isso porque, após o *Caso da Indicação* mencionado na nota 25, teve início a compreensão de que a vida já consolidada e vivida da mãe (uma vida extrauterina) possuía um “valor social” superior à potencial vida intrauterina do feto. Esse entendimento foi se consolidar depois com uma específica causa de justificação da interrupção voluntária da gravidez por indicação médica (§ 218a do StGB); nesse sentido, cf.: Moura (2015, p. 243, nota 750) e Caetano (2020, p. 162, nota 33). Como se sabe, foi a partir dessa decisão que, por meio do reconhecimento de um estado de necessidade justificante consuetudinário, solidificou-se a teoria diferenciadora do estado de necessidade, que, mais tarde, consolidou-se no § 34 do StGB. Além disso, na ponderação de interesses em direito penal, considera-se “uma exceção: a vida (nascida); porque seu sacrifício não pode justificar nunca, nem sequer para salvar outra vida” (Eser; Burkhardt, 1995, p. 144-145, 12/24). Sobre a imponderabilidade da vida humana em geral, cf.: Moura (2015, p. 269-270 e 314); Minorelli (2016, p. 57-62) e Caetano (2020, p. 169 e 187). No tocante à triagem médica em cenário de escassez de respiradores em razão da pandemia de Covid-19, cf.: há “um rígido princípio de direito fundamental, de proibição de ponderação de vida contra vida” (von der Meden, 2020, p. 1); Jäger; Gründel, 2020, p. 153, p.c.; Lübke, 2020, p. 435, nota 3; Rönnau; Wegner, 2020, p. 405, s.c., as vidas humanas não são ponderáveis nem qualitativamente nem quantitativamente por força da garantia da dignidade da pessoa humana, inclusive como decidido no julgamento que concluiu pela inconstitucionalidade de Lei de Segurança Aérea alemã (BVerfGE 115, 118) no caso do abate de aviões hostis; Mello; Torres, 2020, p. 72, embora concordemos em absoluto com a seguinte passagem dos autores – “não existe diferença de valor entre vidas diferentes que permita desligar o aparelho de respiração artificial de um paciente para ligá-lo em outro que parece apresentar mais chances de sobrevivência”, eis o que está em jogo na denominada triagem *ex post* –; contudo, eles equivocam-se ao não manter a imponderabilidade para os casos de triagem *ex ante*, uma vez que defender a elaboração de uma norma com critérios técnicos de priorização dos leitos de UTI representa,

da *Tábua de Carnéades*: o naufrago que sacrifica a vida de outro naufrago para ficar com a tábua e garantir a sobrevivência não tem a sua conduta justificada, porém ela é passível de ser exculpada²⁸, uma vez que não se pode exigir de qualquer pessoa a própria morte. O valor do bem, contudo, não é o único elemento que compõe o interesse protegido pela norma penal, levando-se em conta também a técnica de tutela. Entre um perigo e uma lesão, deve-se evitar a lesão, visto que mais desvaliosa para o objeto de proteção jurídico-penal. Raciocínio similar se aplica entre proibições e mandatos, de modo que as primeiras prevalecem em relação aos últimos²⁹.

E quando há dois ou mais deveres simultâneos e equivalentes para cumprir? Sobre tudo após a Segunda Guerra Mundial³⁰, por muito tempo se discutiu acerca da consequência jurídica da colisão de deveres³¹, se ela possuiria efeito exculpante ou justificante. O principal argumento a favor da primeira tese (Jescheck; Weigend, 1996, p. 503) apoia-se na imponderabilidade da vida humana. Como vimos, existem boas razões para pensar assim, mas o ordenamento jurídico não pode estipular deveres de impossível cumprimento: *impossibilium nulla obligatio est*³². Atualmente, o entendimento majoritário compreende a colisão de deveres como uma causa de justificação supralegal³³ e, por conta dos vários pontos de encontro que compartilha com o estado de necessidade, geralmente entendida como uma espécie deste³⁴.

ainda que implicitamente, reconhecer a superioridade e inferioridade entre seres humanos (Melo; Torres, 2020, p. 77, 76, 73, 67, nota 44; e p. 60, nota 16).

28 Embora o entendimento majoritário (Toledo, 2008, p. 179-181) defenda que o CP adotou a teoria unitária, concordamos com Frago (1985, p. 219-220) sobre a importância de limitar os efeitos da justificação, implicando a exculpação em um estado de necessidade envolvendo vida contra vida.

29 Esses e outros critérios podem ser encontrados em Dias (2007, p. 445 ss.).

30 Nesse sentido, cf.: Minorelli (2016, p. 18 e ss.), em que destaca que um dos grandes marcos da colisão de deveres remete ao *Caso da Eutanásia* ("*Euthanasie-Fall*").

31 Por limitações de tempo e espaço, não serão abordadas outras propostas de tratamento, entre elas o reconhecimento de um espaço livre de valoração jurídica (Kaufmann, 1972; Caetano, 2015) ou a exclusão do tipo penal (Zaffaroni; Alagia; Slokar, 2002, p. 497 ss.; Coca Vila, 2016, p. 527 ss.; Moura, 2019, p. 101). Uma análise abrangente em português dessas e outras propostas pode ser encontrada em Minorelli (2016, p. 29 ss.).

32 Segundo a tese defendida por Coca Vila (2016), entre outros autores, levado às últimas consequências, o princípio *ad impossibilia nemo tenetur* conduziria à atipicidade, uma vez que um dever só seria constituído a partir da possibilidade de seu cumprimento.

33 *Supralegal* porque a existência dela independe de previsão legal, uma vez que a coerência inerente ao próprio ordenamento jurídico depende dela. A admissibilidade de causas supralegais de justificação também teve lugar no Caso da Indicação, mencionado nas notas de rodapé 23 e 27. Apesar disso, há países que optaram pela regulamentação expressa, como é o caso de Portugal (art. 36º do Código Penal português). Sobre a doutrina portuguesa, cf.: Costa (2017, p. 335-338) e Dias (2007, p. 466-469).

34 Nesse sentido, "a doutrina desenvolve a questão relativa a se o estado de necessidade abarca a hipótese de colisão de deveres. Alguns autores mostram-se favoráveis a esta concepção ao reconhecer que esta causa de justificação se pode apresentar em duas formas distintas: como colisão de bens e como colisão de deveres" (Cesano, 2010, p. 161).

Mas já cabe destacar que a diferença crucial entre os dois está em que, na colisão de deveres, “ninguém deve ser levado a uma situação sem saída, na qual ele tão só pode comportar ilicitamente e não mais licitamente. Com isso, quem viola aquele dever, o qual tem de ser retrocedido, está respectivamente justificado” (Fuchs, 2008, p. 170, nm. 2). Ou, ainda, em outros termos, “a Justiça pode ainda bater a porta do cidadão e dizer (eis a parcela de Esfinge): ‘Decifra-me ou devoro-te’ [ou em uma versão mais adequada ao tema aqui, poderíamos parafrasear nos seguintes dizeres: ‘Decida-se pelo dever correto, embora eu não oriente qual o seria, ou cometerás um injusto penal’]” (Caetano, 2016, p. 889-890). Talvez não por acaso, sob a estrutura interna do injusto, diz-se que a colisão de deveres é provavelmente a única causa de justificação *excludente* do injusto de ação (Kindhäuser, 1989, p. 69 s.; Vogel, 1993, p. 107 s.), enquanto, no estado de necessidade desculpante, em que um necessitado mata o outro para sobreviver, “trata-se, portanto, de uma *diminuição* do injusto de ação” (Hirsch, 1996, p. 48, destaque nosso).

Com muita razão podem os médicos se perguntarem: Tem importância essa diferença entre justificar ou não a conduta do autor, se, de um jeito ou de outro, não haverá crime? Respondemos que sim. Uma conduta é lícita ou ilícita perante o ordenamento jurídico como um todo, de modo que justificá-la isenta o médico de qualquer responsabilidade em todos os casos, e, em princípio³⁵, em todos os âmbitos jurídicos (administrativo, cível e penal). Por outro lado, exculpar a conduta implica reconhecê-la como ilícita, contra ela cabendo legítima defesa (própria ou exercida por terceiros) e apuração da responsabilidade nos âmbitos cível e profissional.

É em cenários críticos como o atual que a colisão de deveres, uma “causa de justificação esquecida” (Heringer Júnior, 2014)³⁶, se torna a “causa de justificação lembrada” que dá nome a esta seção. Trata-se de uma “especial causa de justificação dos crimes omissivos” (Caetano, 2016, p. 855 e nota 15; Rönnau, 2013, p. 113 e 115, como causa especial de justificação dos crimes omissivos próprios e impróprios), o que enseja a sua maior importância junto à classe médica.

35 Isso porque o direito civil admite a responsabilidade objetiva, que independe de dolo ou culpa.

36 Se o esquecimento pressupõe o conhecimento prévio, cabe aqui registrar a existência dos estudos no Brasil inaugurados muito provavelmente por Sousa (1979). Sobre a intrínseca relação entre colisão e deveres e tragédias, cf.: Minorelli (2016, p. 16-21). Atualmente, a colisão de deveres restou absorvida pela discussão envolvendo os veículos autônomos, com vozes a favor (Greco, 2019) e contra (Caetano, 2020).

No entanto, explicar o estado de necessidade e a colisão de deveres, bem como sustentar que toda vida possui o mesmo valor não é suficiente ainda para a resolução dos dilemas enfrentados nos hospitais, de modo que outros critérios e argumentos devem ser ofertados. A decisão do médico nas triagens deve estar de acordo com a *lex artis*³⁷, a qual, por seu turno, não pode contrariar a legislação penal. O critério mais indicado pelos órgãos de classe³⁸ é o SOFA *escore*³⁹, seguido pelas recomendações da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (Amib, 2020).

Após uma breve introdução à responsabilidade jurídico-penal e às suas principais categorias e institutos, buscamos explorar a causa de justificação relembrada neste estudo: a colisão de deveres. E isso porque é nessa que desaguarão as situações de triagem enfrentadas pelos profissionais da saúde nos hospitais por força da pandemia. Considerando-se os casos apresentados antes e os aspectos jurídico-penais aqui expostos, passamos para as possíveis soluções daqueles no item seguinte.

3 DILEMAS DE VIDA CONTRA VIDA

Considerando o *Caso 1*, o médico encontra-se diante de dois deveres de igual valor, sendo que pode cumprir apenas um deles. Eis aqui a profunda aproximação com um dos clássicos exemplos da colisão de deveres de ação equipotentes em direito penal: a escolha do médico por um dos muitos pacientes necessitados pela única máquina cardiopulmonar disponível. Além disso, “o médico esforça-se com total empenho após um terremoto catastrófico, com os recursos escassos disponíveis para salvar o maior número possível de pessoas, não pode dizer-se sensatamente que ele atua ilicitamente porque ele não salva todos” (Fuchs, 2008, p. 170, nm.1, e p. 172, nm. 7). Portanto, no *Caso 1*, qualquer dever que atender justificará

37 Nas situações abarcadas pelo presente trabalho e conforme a Recomendação nº 1/2015 do Conselho Federal de Medicina, os critérios para alocação de recursos provêm dos comitês de bioética, que devem ser observados pelos médicos nas tomadas de decisão.

38 Segundo o item 2.2 da Recomendação nº 5/2020 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro: os critérios mais recomendados para a triagem inicial são a gravidade clínica durante a avaliação, que deverá ser mensurada pelo instrumento SOFA (*Sequential Organ Failure Assessment*) *escore*; a gravidade das doenças de base incuráveis e progressivas se houver. São elas: as demências, as disfunções orgânicas (renal, pulmonar e hepática), o câncer e a síndrome de fragilidade, que podem ter como base a ferramenta nomeada SPIC-T-BR (*Supportive and Palliative Care Indicators Tool – versão brasileira*); e a funcionalidade prévia à admissão na unidade de saúde a ser medida pela ferramenta PS-ECOG *escore* (*Eastern Cooperative Oncology Group*). Considera-se que: a) quanto maior for a gravidade clínica inicial; b) quanto mais graves forem as comorbidades; e c) quanto mais reduzida for a funcionalidade do paciente, menores as chances de que ele se beneficie de medidas intensivas e seus recursos.

39 Sobre a origem do SOFA *score*, cf.: Vincent et al. (1996).

a omissão do outro perante o ordenamento jurídico, de modo que contra a decisão do profissional da saúde não cabe legítima defesa.

O *Caso 2* se assemelha muito com o anterior, com a diferença que o paciente A chegou antes do paciente B, porém sem tomar os cuidados que o último teve em relação ao vírus e o fato de B se encontrar em situação pior. Lembremos que a vida humana é imponderável não somente em termos quantitativos, mas também qualitativos: tanto faz a pessoa ser boa ou má, rica ou pobre, pois a lei não distingue e nem deve fazê-lo⁴⁰. Nesse caso, deve a equipe médica considerar a possibilidade de alta como critério para a alocação dos recursos. Se porventura o estado de saúde de B permita um prognóstico negativo de recuperação, o atendimento de A deve ser priorizado. No entanto, segundo um prognóstico positivo de alta em que o quadro clínico de B fosse contornável em poucos dias de uso do respirador artificial e A suportasse a mesma quantidade de dias junto ao tratamento semi-intensivo com respirador manual, poderia a equipe tentar salvar ambos os pacientes.

O cenário do *Caso 3* considera o paciente B como um jovem ou um idoso, ambos com prioridade de atendimento prevista em lei⁴¹, ao passo que o paciente A seria um adulto. Cabe aqui esclarecer que a prioridade de atendimento não deve nortear a alocação de recursos escassos, invocando novamente a imponderabilidade de vidas em termos qualitativos⁴². Caberá à equipe médica a decisão mais uma vez, desde que pautada pelos critérios de alta.

Repete-se o argumento do caso anterior para o *Caso 4*: o atendimento priorizado previsto em lei não abarca a decisão médica acerca da alocação de recursos médicos escassos. Desse modo, compete ao médico decidir o salvamento, conforme a *lex artis*.

Quanto ao *Caso 5*, ele configura uma *aparente* colisão de deveres equivalentes. Se porventura houver o consentimento atual, expresso e válido por parte do paciente A para recusar o tratamento médico intensivo, esse consentimento não impõe a continuidade do dever de garante à equipe

40 Nesse sentido, estamos de acordo com o entendimento registrado em nota oficial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2020), que “repudia qualquer critério de priorização para atendimento de paciente com Covid-19 com base em critérios que contenham preconceito de qualquer natureza, ideologia pessoal contrária ou favorável ao isolamento social, caráter político-partidário etc.”

41 Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º da Lei nº 8.069/1990) e do Estatuto do Idoso (art. 3º, § 1º, incisos I e VIII, da Lei nº 10.741/2003).

42 Essa opinião também encontra amparo no item 2.4 da Recomendação nº 5/2020 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro.

médica responsável⁴³, pois se deve respeitar, acima de tudo, a vontade do paciente. Assim, a equipe deveria conectar o paciente B ao respirador e oferecer ao outro paciente os cuidados paliativos disponíveis, sendo esse comportamento atípico segundo o ordenamento jurídico⁴⁴.

O Caso 6 e os próximos se inserem naquilo que denominamos de triagem *ex post*⁴⁵. Portanto, são as situações de escolha nas quais os pacientes já conectados aos respiradores artificiais poderão ser desconectados para a conexão de outros independentemente das razões de necessidade médica

43 Considerando-se o contexto de tratamento médico já iniciado, os profissionais da saúde são inquestionavelmente garantes dos pacientes (Denzel, 2020, p. 45; Hoven; Hahn, 2020, s.p.d.; Rönnau; Wegner, 2020, p. 404, p.c.-s.c.; Ast, 2020, p. 268, p.c.), mas, mesmo nesses casos, aplica-se uma restrição: “Um dever de garante apenas surge na medida em que uma terapia não é sem esperança desde o início, *nem contraria a (explícita ou presumida) vontade do paciente*” (Denzel, 2020, p. 45, destaque nosso; também assim, cf.: Lübke, 2020, p. 435, s.c.; Rönnau; Wegner, 2020, p. 404, s.c.; Taupitz, 2020, p. 440-441, s.c.-p.c.). Portanto, no caso de consentimento expresso sob as devidas formalidades exigidas, inclusive por testamento vital, a recusa da terapia de cuidados intensivos poderia justificar a omissão de iniciação desse tipo de tratamento pelo médico (Denzel, 2020, p. 45-46). Isso decorre da aplicação do consentimento sob o fundamento da autonomia do titular do bem jurídico e procura validar-se com o princípio *volenti non fit iniuria* (Jäger; Gründel, 2020, p. 159, s.c.). Em termos diretos, “em caso de uma vontade contrária do paciente ao tratamento, o médico está, a princípio, em uma posição de garante, mas não suporta o dever de garante. Melhor, um médico está sempre proibido de realizar tratamento médico contra os pacientes livres” (Denzel, 2020, p. 45, nota 137). Portanto, conforme suscitado em nosso texto, embora seja raro, isso não exclui a possibilidade de “que um doente de Covid-19 sacrifique sua vida em favor de um outro, enquanto ele próprio renuncia ao tratamento posterior em benefício de um outro”. Além disso, “não apenas concorrem pacientes com Corona uns com os outros, mas sim, eventualmente também com outros doentes (p. ex. com pacientes de câncer ou cardiovasculares) por alas de respiradores”. Dessa forma, “é pensável que, por exemplo, resulta da decisão antecipada do paciente que uma pessoa, mesmo assim em sua concreta situação de doença, não deseje mais nenhum tratamento sucessivo. Então há já uma possível justificação para uma interrupção, contanto que falte uma situação de colisão por deveres de ação de mesmo valor” (Jäger; Gründel, 2020, p. 154, p.c.). No sentido de que entre os doentes com Covid-19 e outros em razão de outras enfermidades não deve haver diferença de tratamento (Taupitz, 2020, p. 444, p.c.). Por fim, outras hipóteses em que o dever de garante do médico não se mantém decorrem especialmente de se “a terapia não é (ou não é mais) indicada de um ponto de vista médico, se o processo de morrer tem iniciado ininterruptamente. Em tais casos, os tomadores de decisão não podem fazer-se responsáveis criminalmente por não fornecer um ventilador (e nem para sua subsequente retirada)” (Denzel, 2020, p. 46). Nesse sentido, embora considerada uma prática de eutanásia passiva sob os preceitos jurídico-penais, “uma interrupção do tratamento – se e apenas se – está justificada, quando ou correspondeu a esta vontade (pelo menos presumida) do paciente ou quando a indicação médica individualizada para a continuação do tratamento foi cancelada” (Moghadam; Gutman, 2020, p. 5, destaque nosso). Por fim, é claro que a ordem jurídica não pode exigir do paciente abrir mão da própria vida, mas ela não proíbe a possibilidade de que ele faça tal escolha. Em termos deontológicos, tratam-se das chamadas condutas ou ações super-rogatórias, que se caracterizam pelo aspecto além ou fora do que é exigido em termos normativos.

44 Defendemos uma concorrência entre uma possível colisão de deveres e um consentimento expresso, livre e informado do paciente, pois os fundamentos de ordem justificante são incompatíveis de coordenação aqui. Considerando os termos de Gropp (2015, p. 180, nm. 37 e 42), se o fundamento da colisão de deveres é “o interesse equivalente” e o do consentimento do ofendido é o “interesse ausente”, considerando-se a autonomia e autodeterminação do paciente, no caso suscitado por nós, deve aplicar-se o consentimento, o que obriga o médico a salvar o outro paciente, uma vez que não mais há aqui um conflito de deveres de ação equipotente, mas apenas um dever de garante perante o outro paciente.

45 “Da mesma forma recomendamos que as instituições adotem processos de triagem reversa como parte integral do protocolo de alocação de recursos em esgotamento, de maneira que a facilitação das altas da UTI possa contribuir para a uma disponibilização mais rápida de leitos.” (Amib, 2020, p. 8-9)

dos pacientes⁴⁶. Destaca-se que o fator tempo está diretamente relacionado com o tempo de recuperação dos pacientes críticos, por isso as recomendações para uma constante reavaliação dos pacientes nas alas de unidade de terapia intensiva (UTI)⁴⁷.

Não custa lembrar: critérios randômicos (sorteio ou acaso/destino, quem chegou primeiro, quem encontra-se em pior estado de saúde, etc.) não integram os princípios gerais de triagem biomédica, razão pela qual não desempenham papel algum na triagem *ex post*⁴⁸. Enquanto os critérios dos interesses jurídicos de cada indivíduo em perigo (art. 1º, III, combinado com o art. 5º, I, da Constituição Federal) e da urgência de tratamento (art. 23, I, combinado com o art. 24, ambos do CP) valem para todas as modalidades de triagem, a realocação de recursos médicos escassos nessa modalidade de triagem deve ser exigida segundo “uma evidente melhor chance de sobrevivência do paciente” (Denzel, 2020, p. 63-64). Por isso é que, nos Casos 6, 7, 8 e 9, suscitasse a possibilidade de desconectar um paciente do respirador artificial para conectar outro e assim tentar salvá-lo, sobretudo quando o salvamento do último possui maiores chances de sucesso (Fateh-Moghadam; Gutman, 2020, p. 1; von der Meden, 2020, p. 2-3; Denzel, 2020, p. 28).

Conforme mencionamos outrora, os médicos são garantes dos pacientes, “especialmente no caso da triagem *ex post*, como o tratamento médico já iniciou aqui” (Denzel, 2020, p. 45). E isso justifica-se porque nela reside o momento de deliberar sobre a continuidade ou não de um tratamento médico intensivo do paciente, e, por conseguinte, a relação paciente-médico torna-se ainda mais significativa e dentro dela também o dever de garante dos médicos⁴⁹. Em razão disso, já antecipamos que, em casos de triagem *ex*

46 Apenas para esclarecer, mais uma vez (cf. nota 43), que os pacientes necessitados de respiração artificial não são apenas aqueles afetados pela Covid-19, mas sim todo e qualquer paciente sob risco de vida em razão das graves condições de saúde, como os afetados por câncer, problemas cardiovasculares, choque anafilático por reação alérgica. Nesse sentido, cf.: Emanuel et al. (2020, p. 2054).

47 Conforme a exposição de motivos da Resolução nº 2.156/2016 do Conselho Federal de Medicina: “O paciente crítico pode necessitar de intervenção imediata, pois, na maioria das síndromes associadas a falências orgânicas, o prognóstico é tempo-dependente. Alguns estudos evidenciaram que uma demora de quatro horas, ou mais, para a admissão de paciente grave na UTI pode contribuir para o aumento da mortalidade e maior tempo de permanência na UTI para recuperação”. Além disso, menciona-se que, com relação aos critérios de sobrevivência em longo prazo e à qualidade de vida esperada, “pode existir, p. ex., uma constelação [de casos] especial, quando, por meio da falta de tratamento médico, a lesão irreversível em crianças em fase de crescimento ameaça de forma incrementada em comparação em adultos” (Taupitz, 2020, p. 448, s.c.).

48 Nesse sentido, segundo Denzel (2020, p. 61), “se o direito penal quer fazer justiça em relação a isso, o escopo para o tomador de decisão deve ser restrito para a triagem *ex post*. Por exemplo, a chance aleatória não pode ser fator decisivo”. Esses critérios podem no máximo ser utilizados como fator de desempate em casos médicos praticamente iguais.

49 Conforme explicamos no trecho vinculado à nota 17.

post, não se pode compreendê-los nem solucioná-los da mesma forma que na triagem *ex ante*.

Portanto, a suspensão do tratamento médico intensivo não se pode apoiar em uma situação de colisão de deveres justificante, “porque essa compreende unicamente a colisão de deveres de ação equipotentes, dos quais apenas um pode ser cumprido” (Fateh-Moghadam; Gutman, 2020, p. 5). Em verdade, o que está em questão é um possível estado de necessidade, pois, em todos eles, há um dever de iniciar o tratamento médico intensivo (*i.e.*, conectar o paciente B ao respirador artificial) e uma proibição de interrompê-lo (*i.e.*, não desconectar o paciente A do respirador artificial).

Dessa forma, considerando-se o maior desvalor jurídico da ação punível em face da omissão punível ou a prevalência do dever de omissão sobre o dever de ação⁵⁰, afasta-se a possibilidade de uma colisão de deveres na triagem *ex post*⁵¹. Segundo as recomendações dos conselhos de ética médica, dos órgãos de representatividade e dos órgãos da classe profissional, as práticas de eutanásia e do suicídio assistido estão proibidas; portanto, nesses casos, em princípio, uma suspensão ou interrupção do tratamento médico intensivo (a desconexão de A do respirador artificial) representaria um ato de homicídio⁵².

50 Embora considere equivocada a premissa, Denzel (2020, p. 56-57) reconhece-a como base fundamental da doutrina majoritária que recusa uma justificação por colisão de deveres no conflito entre um dever de ação e um dever de omissão.

51 Mas há quem defenda tratar-se, mesmo na triagem *ex post*, de uma colisão de deveres justificante. Assim, “o que as triagens *ex post* e *ex ante* têm em comum é que elas envolvem uma colisão de deveres de agir e/ou de omitir”, ou melhor, “um conflito entre deveres de agir (*i.e.* triagem *ex ante*)” e “uma colisão de deveres de omitir (*i.e.* triagem *ex post*)” (Denzel, 2020, p. 31 e 63). Portanto, uma vez que “a colisão de um dever de agir com um dever de omitir deve também entrar no âmbito da colisão de deveres justificante”, “os médicos também podem executar lícitamente uma realocação de escassos bens médicos, especialmente de ventiladores” (Denzel, 2020, p. 60 e 63). Considera-se valiosa a tentativa de Denzel (2020, p. 60) em interpretar as condutas como deveres de tratamento médico, “com um olhar mais próximo, na triagem *ex post* como na triagem *ex ante* não colidem um dever de agir e um dever de omitir, mas sim dois deveres de tratamento médico”, mas há alguns problemas em sua construção. O primeiro deles é não considerar que não há interesse sensivelmente superior nesses casos que justifique uma decisão dos médicos pela interrupção do tratamento de um paciente para iniciar o de outro, além de ignorar a teoria diferenciadora do estado de necessidade no STGB. O segundo problema consiste em não levar em conta o aspecto cronológico e contextual das decisões de triagem ao defender que deveria ser “legalmente legítima uma seleção” de pacientes não apenas na “simultaneidade da necessidade de decidir (*i.e.* triagem *ex ante*)”, mas também na “temporariamente adiada necessidade de decidir (*i.e.* triagem *ex post*)” (Denzel, 2020, p. 60-61). Por fim, há também o problema da falta de uma delimitação segura entre o dever de ação e o dever de omissão, aspecto que será objeto de análise a seguir.

52 Em termos jurídico-penais, o desconectar um equipamento vital representa um homicídio, ainda que para o fim de conectar e com isso salvar outro paciente (Walter, 2020, p. 4-5). Portanto, “uma justificação [por] estado de necessidade da triagem suplementar não entra em consideração, porque, do princípio da indiferença valorativa das vidas [humanas], decorre a proibição de ponderação de vida contra vida” (Fateh-Moghadam; Gutman, 2020, p. 5).

Assim, feitas as considerações gerais sobre a estrutura dos casos sugeridos que envolvem a triagem *ex post*, passa-se à concreta proposta de solução para o Caso 6. Considerando-se os seus elementos, seja pela “prioridade 3” de A, seja pela “prioridade 1” de B⁵³, conforme as suas respectivas “baixa probabilidade de recuperação” e “significativa probabilidade de recuperação”, o ponto de partida é a verificação das condições reais de recuperação do paciente A. Por conseguinte, delas advirá ou não uma possibilidade de realocação do respirador artificial do paciente A em favor do paciente B. Caso a “baixa probabilidade de recuperação” de A signifique um diagnóstico de terminalidade⁵⁴ (“recuperação pouco provável”⁵⁵), bem como considerada a sua vontade já manifestada e registrada em testamento vital ou a de seus familiares responsáveis em suspender o tratamento médico intensivo, poder-se-á desconectá-lo em favor da conexão de B junto ao respirador artificial. Considerando-se que tal retirada de A dessa máquina vital não cause diretamente a sua morte, bem como a presença do consentimento do ofendido ou de seus familiares responsáveis e o reconhecimento da prática lícita da ortotanásia⁵⁶, os médicos não cometeriam nenhum injusto aqui e sequer os seus comportamentos seriam ilícitos perante a ordem jurídica nacional. O que, por sua vez, resguardar-lhes-iam juridicamente de quaisquer possibilidades de responsabilização nos planos administrativo e cível⁵⁷.

53 Nos termos do art. 6º, §§ 1º e 3º, da Resolução CFM nº 2.156/2016, constituem, respectivamente, as “prioridade 1” e “prioridade 3”: “Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico” e “pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica”.

54 Em termos médicos, caso “tenha se esgotado todo o arsenal terapêutico curativo/restaurativo e que possa permanecer no ambiente hospitalar fora da UTI de maneira digna e, se possível, com sua família”, conforme o art. 10, alínea b, da Resolução CFM nº 2.156/2016. Importante citar aqui a ACP 2007.34.00.014809-3/2010 da JF/DF, movida pelo MPF contra o CFM, requerendo a “nulidade da Resolução CFM nº 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam os critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia”. A ação foi julgada improcedente e a Resolução considerada conforme o ordenamento jurídico nacional, porque regulamenta apenas as infrações éticas inerentes à categoria e não tratou sobre os crimes ou as causas de exclusão de responsabilidade criminal.

55 Conforme o “fluxograma do protocolo Amib de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por Covid-19” (Amib, 2020, p. 10), seria o caso de remover o paciente para os cuidados paliativos na enfermaria ou semi-intensiva, se houver.

56 Recomendações da Amib, Abrameda, SBGG e ANCP de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por Covid-19 (Amib, 2020, p. 5).

57 Sabendo-se que, em regra, uma causa de justificação torna o comportamento ilícito em lícito perante toda a ordem jurídica, no caso em tela, a suspensão do tratamento médico intensivo e a continuação dos cuidados paliativos pelo(s) médico(s) para com o paciente não geraria um fato ilícito nos âmbitos civil e administrativo que pudesse gerar possíveis responsabilidades jurídicas cível (por indenização) e/ou administrativa (alguma punição administrativa pelo órgão de classe ou pelo estabelecimento hospitalar).

Mas é preciso refletir sobre algumas possibilidades nesse tipo de situação. Caso se tenha um “diagnóstico de morte encefálica” de A, ele também poderia ser desconectado sem quaisquer impedimentos legais e independentemente da sua vontade ou a de seus familiares responsáveis⁵⁸ (6.1). Caso A ainda não tenha sido tecnicamente considerado morto e seja desconectado contra a sua vontade já manifestada e registrada ou a de seus familiares responsáveis, abre-se um perigoso flanco a uma imputação por homicídio para os médicos responsáveis (6.2). E isso porque, caso A possua “um quadro clínico controlado e estabilizado”⁵⁹ que o permita permanecer vivo e relativamente estável em uma enfermaria ou semi-intensiva (com um “bom ritmo de recuperação”⁶⁰), os médicos não cometerão nenhum ilícito-penal (6.2.1). Contudo, mesmo que pouco provável seja a sua recuperação (“recuperação ainda incerta”⁶¹), a princípio, a interrupção de um curso causal salvador (a retirada de A do respirador artificial) sem o consentimento do próprio paciente ou de seus familiares responsáveis representaria um comportamento homicida. Logo, passível de imputação jurídico-penal (6.2.2). Não por acaso, a interrupção do tratamento médico intensivo de um paciente por comissão representa “uma ação dolosa de homicídio e expõe a forte suspeita de punibilidade” (von der Meden, 2020, p. 3).

Considerando-se que o paciente A está conectado, possui comorbidades e uma baixa probabilidade de recuperação, enquanto o paciente B necessita ser conectado, não tem comorbidades e uma significativa probabilidade de recuperação; ainda assim, pela ausência de confirmação da morte encefálica do primeiro e de quaisquer concordâncias dele ou de familiares para suspender ou interromper o tratamento médico intensivo, os médicos deveriam manter o paciente A conectado. Embora seja de considerar os benefícios de uma realocação dos equipamentos vitais segundo “uma evidente melhor chance de sobrevivência” (Denzel, 2020, p. 62), não se pode

58 A única questão em pauta seria a autorização para doação ou não dos órgãos do paciente A, conforme a sua manifestação em vida ou, na sua ausência, segundo os seus parentes próximos responsáveis (conforme arts. 17 e 18 do Decreto nº 9.175/2017), mas, em razão do vírus, essa questão sequer se apresenta no caso concreto. Sobre o diagnóstico de morte encefálica, cf. o art. 3º da Lei nº 9.434/1997, combinado com a Resolução CFM nº 2.173/2017 e o art. 17 do Decreto nº 9.175/2017; sobre o transplante de órgãos, cf. o Decreto nº 9.175/2017 e a Lei federal nº 9.434/1997. Por fim, cita-se a Resolução CFM nº 1.826/2007 sobre a “legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador”.

59 Nos termos do art. 10, alínea a, da Resolução CFM nº 2.156/2016.

60 Conforme o “fluxograma do protocolo Amib de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por Covid-19” (Amib, 2020, p. 10), poderia ser planejado uma alta para enfermaria ou semi-intensiva, se houver.

61 Conforme o “fluxograma do protocolo Amib de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por Covid-19” (Amib, 2020, p. 10), deveria ser mantido na UTI sob reavaliação regular, mas não retirado dos cuidados intensivos.

reduzir a complexidade do caso a essa simples análise. Em síntese, o pêndulo da compreensão jurídica desse autor inclina-se demasiado no sentido do paciente que necessita do (e aguarda pelo) recurso médico escasso, esquecendo-se de que o paciente conectado ainda está vivo e que, mesmo com pouca chance de sobrevivência e inexistentes manifestações prévias e registradas dele ou atuais de seus familiares pela suspensão ou interrupção do tratamento, ele necessita e deve permanecer conectado. Portanto, acreditamos que, em termos jurídico-penais, o critério realmente seguro para os médicos desconectarem um paciente sob cuidados intensivos é apenas o início do processo irreversível de morte. Assim, “poderá desligar mais cedo um lesionado cerebral com pouca perspectiva de sobrevivência junto a um número insuficiente de máquinas, com o fim de possivelmente salvar uma criança que foi atropelada pelo carro” (Deutsch; Spickhoff, 2008, p. 413, nm. 661).

Considerando-se os elementos do Caso 7, seja pela “prioridade 1” do paciente A, seja pela “prioridade 3” do paciente B em correspondência com as suas respectivas “significativa probabilidade de recuperação” e “baixa probabilidade de recuperação”, a verificação das condições reais de recuperação do primeiro paciente constitui o epicentro da questão. Diante do binômio necessidade de tratamento x oferta de recursos de salvamento (respiradores artificiais), poderia a equipe médica avaliar se o paciente A estaria sob um “bom ritmo de recuperação”, o que permitiria desconectá-lo do respirador artificial, retirá-lo da UTI e enviá-lo à enfermaria ou ala semi-intensiva (Amib, 2020, p. 10, “fluxograma do protocolo Amib de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por Covid-19”). Essa seria a única hipótese de desconectar o paciente enquanto se cumpre os critérios gerais de triagem⁶² de considerar as chances de sobrevivência e de atender primeiramente ao mais gravemente enfermo (Amib, 2020, p. 7; Resolução CFM nº 2.156/2016), bem como ainda dentro da legalidade.

Em resumo, eis a possibilidade real de atender primeiramente o paciente em situação mais grave e, posteriormente, o paciente desconectado, sem o perigo de agravar o estado de saúde deste. Não obstante isso, uma vez que o paciente B provavelmente demandaria mais tempo conectado ao respirador e sem descuidar das escassez dos recursos; durante esse interregno, caso a situação médica do paciente A se agravasse, a opção pela desconexão de A representaria uma verdadeira espada de Damôcles sobre

62 No sentido de considerar as chances de sobrevivência e de atender primeiramente ao mais gravemente enfermo (Amib, 2020, p. 7; Resolução CFM nº 2.156/2016).

os médicos responsáveis pela decisão de realocação. Ao fim e ao cabo, considerando esse possível desfecho, não se pode negar que a escolha do grupo médico pela desconexão de A teria um risco de responsabilização pela prática de um crime de homicídio tentado ou consumado. Portanto, “em casos fronteiriços, uma realocação não pode ocorrer pela falta de evidência” (Denzel, 2020, p. 63).

Além disso, adverte-se que os critérios de priorização de atendimento médico do sorteio, do primeiro a chegar e do mais doente, não deveriam valer na triagem *ex post*, nomeadamente porque são critérios aleatórios e, segundo a discussão sobre a realocação de recursos em uso (os respiradores artificiais), eles podem atingir algum paciente que necessita e faz uso desses recursos escassos. Por exemplo, sobre a discussão aqui tratada, não se pode autorizar a realocação de um respirador de um paciente com ótimo prognóstico de recuperação para um outro com fraco prognóstico de recuperação por motivos econômicos (Denzel, 2020, p. 61). Em síntese: “É certo que a vida humana não é mensurável em dinheiro. É proibido serem compensados em dinheiro” (Taupitz, 2020, p. 449, p.c.).

Dessa forma, a decisão mais correta para a segurança jurídica do corpo médico envolvido seria não desconectar A até a sua alta da UTI em razão de estar praticamente dispensado do uso de respiração artificial. Em razão da escassez de respiradores, a regra de atendimento prioritário ao mais grave (*the sickest first*⁶³) não foi violada; além disso, “o princípio mais sólido é o de priorização de pacientes com melhores chances de benefício e com maiores expectativas de sobrevivência” (Amib, 2020, p. 7). Isso porque “o critério da evidente melhor chance de sobrevivência” proporciona aos médicos “uma base de tomada de decisão legalmente segura e praticável,

63 Walter (2020, p. 4) destaca que, na Lei de Transplante de Órgãos alemã (“*Transplantationsgesetz*”), vale a regra de atender primeiramente o mais doente e isso está indiscutivelmente conforme a Constituição daquele país, mas, em casos de pandemia, essa regra não tem prioridade, porque outros fatores relevantes devem ser considerados. Assim, “o primeiro a chegar é o primeiro a ser atendido é usado para tais recursos como rins transplantáveis, onde a escassez é de longa data e os pacientes podem sobreviver sem o recurso escasso” (Emanuel et al., 2020, p. 2053, p.c.). No Brasil, parece vigorar nesse âmbito a regra de atender quem chega primeiro, conforme “a ordem da lista única de espera de receptores” (art. 8º, XIV, do Decreto nº 9.175/2017). Destaca-se que essa regra de tratar o mais gravemente doente advém das origens da prática de triagem em guerras, pois, segundo a medicina militar, se deveria decidir quem tratar primeiro segundo os critérios da gravidade das lesões e da urgência por cuidados médicos (Denzel, 2020, p. 26, destacando que, durante as guerras napoleônicas no Egito e na Síria, em razão da atuação do cirurgião do exército francês chamado Dominique Jean Larrey, “quem estabeleceu a regra categórica para a triagem de soldados no campo de batalha, tratando os feridos conforme a gravidade de suas lesões e a urgência de cuidados médicos, independentemente de sua posição ou mesmo nacionalidade”). Por fim, embora esse princípio se proponha a promover uma maior igualdade e transparência para os cidadãos, ele não é universalmente recomendado para toda e qualquer seara do direito médico.

especialmente em situação de triagem em tempo-crítico” (Denzel, 2020, p. 63). Isso tem a vantagem de ser conforme a *lex artis*.

O que foi dito em relação ao *Caso 4* também vale aqui: *a prioridade de atendimento para jovens e idosos prevista em lei não pode ser traduzida em prioridade de salvamento e tampouco condicionar a lex artis médica*. Contudo, isso não quer dizer que o paciente B ficaria sem quaisquer cuidados médicos, uma vez que aos pacientes não priorizados são assegurados outros tratamentos, desde que clinicamente apropriados e conforme o consentimento deles, inclusive a oferta de cuidados paliativos se porventura a morte parecer inevitável (Amib, 2020, p. 8). Os médicos também estariam protegidos juridicamente, porque, além de realizarem os procedimentos conforme a *lex artis*, não interromperam o curso causal salvador em relação ao paciente A (a sua desconexão do respirador artificial), além de fazerem o que era possível, diante das circunstâncias de escassez de respiradores, para tratar do paciente B⁶⁴. Portanto, a equipe médica estaria isenta de qualquer responsabilidade penal.

Aplica-se ao *Caso 8* a mesma observação feita ao *Caso 4* e ao *Caso 7* sobre a impossibilidade de converter prioridade de atendimento em garantia de salvamento. Considerando os demais elementos que compõem o caso, além da garantia jurídica do paciente A por ter iniciado o tratamento médico necessário, não se trata aqui de nenhuma das excepcionais possibilidades lícitas de suspensão ou interrupção do tratamento médico, a saber: (i) o paciente A não se encontra recuperado da insuficiência respiratória grave, o que autorizaria a retirada do respirador artificial, logo, a sua alta da UTI pelo “bom ritmo de recuperação”, uma vez que seu quadro clínico está “controlado e estabilizado”⁶⁵; (ii) não há diagnóstico de “recuperação pouco provável” ou “baixa probabilidade de recuperação” cumulado com registro da vontade de interromper o tratamento médico intensivo (mediante consentimento em testamento vital ou, na ausência deste, com a autorização de seus familiares responsáveis por consentimento presumido); (iii) nem, por último, foi diagnosticado com “morte encefálica”.

64 Como bem foi destacado no Parecer CRM-PR nº 2.810 (2020, p. 7), os médicos não são responsáveis pela situação de pandemia de Covid-19 e escassez de respiradores e leitos de UTI nos hospitais. Devemos alertar, contudo, que, em termos jurídicos, as razões alegadas nesse Parecer para a exclusão da responsabilidade criminal estão corretas em uma parte e incompletas em outra. Embora acertado quanto à consequência jurídica da justificação do comportamento dos médicos (“por exclusão da ilicitude da conduta”), não detalha qual instituto ou figura jurídico-penal seria aplicável para os casos.

65 Nos termos do art. 10, alínea a, da Resolução CFM nº 2.156/2016.

Nesse caso, portanto, os médicos deveriam manter o paciente A conectado ao respirador artificial até que, por melhora ou piora do quadro clínico, surgisse uma das excepcionais possibilidades lícitas de suspensão ou interrupção do tratamento médico (a retirada da máquina vital). Em razão da escassez de respiradores artificiais, eles não poderiam ser responsabilizados por um eventual óbito do paciente B, pois estariam acobertados pelo efeito justificante da colisão de deveres: não seriam obrigados ao impossível, ou seja, salvar ambos os pacientes com a disponibilidade de um único respirador. Ademais, acrescentamos que, caso os mesmos médicos estivessem cuidando dos mesmos pacientes, apenas poderia ser imputado aos primeiros o crime de omissão de socorro (art. 135 do CP), caso eles pudessem (em termos de tempo, materiais adequados e recursos humanos disponíveis) oferecer algum tratamento disponível e não o fizessem. O que, por sua vez, não ocorreu aqui.

Considerando-se os elementos do *Caso 9*, seja pela “prioridade 3” de A, seja pela “prioridade 1” de B em correspondência às suas respectivas “razoável” e “significativa” probabilidades de recuperação, fazemos duas considerações segundo a ética médica. A primeira consiste em realçar que, mesmo na seleção de pacientes para vagas em UTI – o que não é a hipótese em tela –, nem a menor idade, nem a condição de gestante representam critérios de desempate corretos dos pontos de vista bioético e jurídico⁶⁶. A segunda, em resposta negativa à possibilidade de retirar a ventilação de um paciente frágil e sem melhora para tentar o salvamento de um paciente jovem e com melhores chances de sobrevida, remete às expressas proibições éticas (art. 41 do CEM) e jurídicas (art. 121 do CP) de praticar a eutanásia e o suicídio assistido⁶⁷.

Por sua vez, em termos jurídico-penais, cabe registrar que a interrupção do tratamento médico neste caso equivaleria a um homicídio (que é mais grave que o homicídio por meio da prática de eutanásia ou de um suicídio assistido, uma vez que nesses há, ao menos, um consentimento do

66 Nos termos do Parecer CRM-PI nº 3/2020 (p. 5). Em termos de significativa aproximação, exceto pela questão da pandemia e pelo perfil dos pacientes, está o seguinte caso formulado pela doutrina: Um paciente de 60 anos está conectado à máquina cardiopulmonar, mas, depois, chega um paciente de 20 anos, sabendo-se que os dois estão sob o mesmo risco de morte e com chances iguais de sobrevivência. Assim, “não é permitido interromper o tratamento do [paciente] de 60 anos com o fim de deixar livre a máquina para o [paciente] mais novo. Não há ponderação de vida contra vida, também não considerando-se a expectativa do tempo de vida” (Fuchs, 2008, p. 171, nm. 3).

67 Respectivamente, art. 41 da CEM e art. 121 do CP. Conclusão similar pode ser extraída do Parecer CRM-PR nº 2.810/2020 (p. 10).

ofendido⁶⁸), pois não deixaria de constituir, em termos gerais, a interrupção de um curso causal salvador sem quaisquer consentimentos do paciente nem de seus responsáveis⁶⁹. Por mais que B não possua comorbidades e tenha uma significativa probabilidade de alta, o médico não pode suspender ou interromper o curso causal salvador com o propósito de salvá-la. Embora se tenha uma grávida em situação de necessidade, o critério do maior número de vidas não pode aqui desempenhar nenhum papel. Assim, o médico deveria manter o paciente A conectado ao respirador artificial até a sua alta médica da ala de cuidados médicos intensivos ou atestada a sua morte encefálica. Desse modo, o médico e a equipe a ele vinculado não responderiam por um ou mais homicídios e tampouco por omissão de socorro.

Considerando-se as soluções apresentadas neste item como as mais seguras para os médicos do ponto de vista jurídico, serão apresentadas outras possíveis soluções para os casos suscitados a seguir; porém, as consequências jurídicas serão diversas, conforme se pode conferir no tópico a seguir.

4 SITUAÇÕES DE DESCUMPRIMENTO

Uma questão menos discutida em relação aos dilemas apresentados consiste nas consequências jurídico-penais em hipóteses de descumprimento deliberado – ou seja, quando o agente se dispõe a realizar o comportamento típico – envolvendo a colisão de deveres ou o estado de necessidade, sem prejuízo da responsabilidade nos planos administrativo e civil. A primeira hipótese, aplicável a todos os casos de triagem *ex ante* (os *Casos 1 a 5*), representa a única possibilidade de responsabilidade penal por inércia: por considerar que os deveres colidentes são todos irresolúveis, resolve o médico cumprir nenhum. Ainda assim, segundo a lógica de que só podemos

68 Apenas para fins de esclarecimento à comunidade médica, dentro ou fora do contexto da pandemia, toda ação ou omissão que provoque a morte de outrem sem o consentimento é um homicídio (Amib, 2020, p. 5). Logo, não há eutanásia ou suicídio assistido sem o consentimento do ofendido, configurando o crime de homicídio, ainda que com uma possível redução de penal atrelada ao relevante valor moral ou social. Inobstante isso e se tratando de outra situação, é possível a rejeição de cuidados e tratamentos médicos pelo paciente por meio de expressa e atual manifestação da vontade do próprio, de seu testamento vital registrado ou por seu representante legal designado por ele nas situações “em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”, conforme os respectivos arts. 1º e 2º, § 1º, da Resolução CFM nº 1.995/2012). Não por acaso há uma certa *continuum* entre a proibição de salvar alguém por meio de uma lesão à integridade física da vítima (caso da extração de sangue arbitrária), a redução da pena no homicídio a pedido (não previsto no CP, mas sim em outras ordens jurídicas) e a legalidade do aborto realizado por terceiro, conforme a vontade da mulher grávida, desde que atendidos os demais requisitos, a saber: a autodeterminação alheia.

69 Nesse sentido, para o Conselho de Ética alemão (“*Deutsche Ethikrat*”), mesmo se fosse para ajudar a salvar o paciente com melhor prognóstico de recuperação, não estaria em causa uma justificação da interrupção do curso causal salvador em andamento (Fateh-Moghadam; Gutman, 2020, p. 5).

exigir o que é concretizável, o autor responderá tão somente pelos deveres passíveis de cumprimento, conforme os recursos disponíveis no momento, restando excluída a responsabilidade em relação aos demais⁷⁰.

No tocante ao *Caso 6*, caso a via eleita pelo médico consista na interrupção do tratamento do paciente A para transmitir ao paciente B o respirador artificial, mesmo sem maiores detalhes sobre a presença da morte encefálica, de um consentimento válido para que fosse desconectado do aparelho ou da possível alta da UTI, muito provavelmente tratar-se-ia de um caso de estado de necessidade exculpante. Como consequência, o médico cometeria um ilícito penal por agir em contrariedade ao ordenamento jurídico, embora não seria punido. Conclusão idêntica pode ser extraída em relação ao *Caso 7*.

Quanto ao *Caso 8*, a desconexão do paciente A ensejaria a violação do princípio da triagem *ex post*, que é priorizar os pacientes com melhor prognóstico de evolução, que, *in casu*, encontram-se no mesmo patamar: ambos os pacientes possuem significativas probabilidades de recuperação. Mas não é pelas semelhanças clínicas nem pela escassez de respiradores artificiais que a suspensão ou interrupção do tratamento médico do paciente A configuraria uma colisão de deveres equivalentes para os médicos. Conforme já explicitado antes, o dever de agir em favor do paciente B (o dever de iniciar a conexão ao respirador artificial) não pode se sobrepor ao dever de omitir diante do paciente A (o dever de não desconectar do respirador artificial), ou seja, a proibição de matar A, uma vez que o médico não está diante de uma situação de legítima defesa. Portanto, o médico apenas estaria protegido por uma causa de exculpação decorrente do estado de necessidade, uma vez que um injusto foi praticado.

Isso também se aplica ao *Caso 9*, se optarem por desconectar o paciente A para salvar a vida da gestante B, mesmo sem a confirmação da morte encefálica, do consentimento daquele ou da sua possível alta da UTI, seria a hipótese de um estado de necessidade exculpante. Em outras palavras, nenhuma responsabilidade criminal seria possível.

70 A única divergência que conhecemos em relação a esse entendimento provém de Haft (2004, p. 108), que defende a punição por todos os deveres violados, mas isso só seria possível no contexto da legislação penal alemã.

CONCLUSÕES

Em apertada síntese, a alocação de recursos médicos escassos não pode descuidar da imponderabilidade da vida humana, ao mesmo tempo que se deve reconhecer a impossibilidade de obrigar o impossível, que é o fundamento da colisão deveres.

Nos casos que envolvem um contexto de triagem *ex ante* (Casos 1 a 5), a conduta da equipe médica encontra-se amparada pela colisão de deveres, uma causa de justificação supralegal presente no ordenamento jurídico brasileiro. É possível afirmar, portanto, que as omissões de salvamento são lícitas e contra elas não cabe legítima defesa, além dos médicos não poderem ser responsabilizados em outras searas do direito, como o direito civil e o direito administrativo.

Por outro lado, em um contexto de triagem *ex post* (Casos 6 a 9), os médicos não podem interromper um tratamento de um paciente em prol de outro, exceto em três oportunidades: caso o paciente recuse a continuidade do tratamento médico intensivo, caso o processo de morte tenha tornado-se irreversível ou caso seja possível a sua alta da UTI. Caso isso aconteça, ou seja, fora dessas três hipóteses, a conduta não é justificada, porém exculpada pela figura do estado de necessidade exculpante. Isso abre uma grande possibilidade de os profissionais envolvidos serem responsabilizados nos âmbitos cível e administrativo, uma vez que a conduta é ilícita. Logo, caso sejam atendidos os demais pressupostos de responsabilização civil e administrativa, serão punidos nessas esferas do direito.

A única possibilidade de responsabilização em termos jurídico-penais decorrerá do inadimplemento deliberado de um dos deveres, apesar de existentes as condições para o seu cumprimento. E tanto cumprimento do dever de menor relevância jurídica (o dever de ação) quanto a prática do injusto de homicídio (a desconexão do paciente) para salvar uma outra vida em perigo conduzem a desculpa dos médicos nestes contextos de escassez de recursos da pandemia. Nesse caso, ainda seria possível uma responsabilização jurídica extrapenal, *rectius*, de natureza cível e/ou administrativa.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. *Recomendações da Associação de Medicina Intensiva Brasileira para a abordagem do Covid-19 em medicina intensiva*. São Paulo, [s.n.], 2020.

AMOS, Maximilian. Behandelt wird, wer die besten Chancen hat. *Legal Tribune Online*, Berlim/Colônia, [n.p.], 9 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.legaltribune.com/de/beitrag/behandelt-wird-der-beste-chancen-hat>>.

lto.de/recht/hintergruende/h/triage-stellungnahme-medizinrecht-strafrecht-zu-empfehlungen-ethikrat-kriterium-erfolgsaussicht-behandlungsabbruch-rechtfertigende-pflichtenkollision/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

AST, Stephan. Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriteriensowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 15, n. 6, p. 268-274, 2020. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2020_6_1369.pdf>. Acesso: 30 jul. 2020.

CAETANO, Matheus Almeida. Rasas reflexões sobre as profundas constrações da autonomia pelo lícito-ilícito: colisão de deveres, espaço livre de direito, Estado, tolerância. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (Org.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2015. p. 584-619. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0899-4.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. A apropriação indébita previdenciária e a colisão de deveres no direito penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Org.). *Perspectivas das ciências criminais*. Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 849-893.

_____. Os algoritmos de acidente para carros autônomos e o direito penal: análises e perspectivas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 149-192, 2020.

COCA VILA, Ivó. *La colisión de deberes en derecho penal*. Concepto y fundamentos de solución. Barcelona: Atelier, 2016.

COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão. In: ANDRADE, Manoel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 809-854.

D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 135-163, 2014.

DENZEL, Moritz. Allocating scarce medical resources under German Criminal Law: the justifying collision of duties in triage situations. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 23-68, 2020.

DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. *Medizinrecht*. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht. 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin: Springer, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, t. I, 2007.

EMANUEL, Ezekiel J.; PERSAD, Govind; UPSHUR Ross; THOME, Beatriz; PARKER, Michael; GLICKMAN, Aaron; ZHANG, Caty; BOYLE, Connor; SMITH, Maxwell; PHILLIPS, James P. Fair allocation of scarce medical resources in the time of Covid-19. *New England Journal of Medicine*, [s.l.], p. 2049-2055, 2020.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Strafrecht I. Schwerpunkt, Allgemeine Verbrechen*. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 1992. (= *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Trad. Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995.)

FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMAN, Thomas. Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19 – Patienten in der Intensivmedizin. *Verfassungsblog: on matters constitutional*, Berlim, [n.p.], 30 maio 2020. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FUCHS, Helmut. *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*. 7., überarbeitete Auflage. Wien: Springer, 2008.

G1. *Morre padre italiano que cedeu respirador a paciente mais jovem*. [S.l.], 24 jul. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/24/morre-padre-italiano-que-cede-respirador-a-paciente-mais-jovem.ghtml>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

GRECO, Luís. Veículos autônomos e situações de colisão. In: ESTELLITA, Heloísa; LEITE, Alaor (Org.). *Veículos autônomos e direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 191-201.

GROPP, Walter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. Berlin: Springer Verlag, 2015.

HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*. 9. Auflage. München: C. H. Beck Verlag, 2004.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. Colisão de deveres: a causa de justificação esquecida. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 56, p. 113-129, 2014.

HIRSCH, Hans Joachim. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

HOVEN, Elisa. Auch auf das Alter kommt es an. *Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online*, Frankfurt am Main, [n.p.], 31 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.faz.net>>.

net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEP=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____; HAHN, Johanna. Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19 – Pandemie. *Juristische Arbeitsblätter*, [s.l.], p. 481-487, 2020.

JÄGER, Christian; GRÜNDEL, Johannes. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 15, n. 4, p. 151-163, 2020. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2020_4_1356.pdf>. Acesso: 30 jul. 2020.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5. ed. Berlin: Dunckler & Humblot, 1996. (= *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2003.)

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der Abstrakten und Konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989.

LOPES MESAS, Marcelo; CESANO, José Daniel. *Antijuridicidad y causas de justificación*. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal. Buenos Aires: B. de F., 2010.

LÜBBE, Weymar. Orientierung in der Corona-Krise Nicht mit Doppelbotschaften. *Medizinrecht*, [s.l.], v. 38, p. 434-439, 2020.

MELO, Matheus Barbosa; TORRES, Tiago Caruso. O dilema da triagem médica nos casos de pacientes diagnosticados com Covid-19: reflexos penais de uma Escolha de Sofia. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, n. 97, p. 57-79, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Nota oficial*. Rio de Janeiro, 21 abr. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/nota_oficial_prioridade_atendimento_paciente_ftcovid19mprj_e_cao_saude.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

MINORELLI, Lucas. Comportamento omissivo e colisão de deveres em Direito Penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

_____; CEOLIN, Guilherme. Por que usar um exemplo clássico? Breves reflexões sobre o ensino jurídico-penal a partir da Tábua de Carnéades. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 147-170, 2019.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Illicitude penal e justificação*. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra, 2015.

_____. Regras de conduta e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 81-106, 2019.

RIES, Hans-Peter; SCHNIEDER, Karl-Heinz; PAPENDORF, Björn; GROßBÖLTING, Raf. *Arztrecht. Praxishandbuch für Mediziner*. 4., Auflage. Berlin: Springer, 2017.

RÖNNAU, Thomas. Grundwissen – Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 53, p. 113-115, 2013.

_____; WEGNER, Kilian. Grundwissen – Strafrecht: Triage. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 5, p. 403-407, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SOUSA, Alberto Rufino Rosa Rodrigues de. *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

TAUPITZ, Jochen. Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben? *Medizinrecht*, [s.l.], v. 38, p. 440-450, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VINCENT, J.-L.; MORENO, R.; TAKALA, J.; WILLATTS, S.; DE MENDONÇA, A.; BRUINING, H.; REINHART, C. K.; SUTER, P. M.; THIJIS, L. G. The SOFA (Sepsis related Organ Failure Assessment) score to describe organ dysfunction/failure. *Intensive Care Medicine*, [s.l.], v. 22, p. 707-710, 1996. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/BF01709751>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unrecchten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

VON DER MEDEN, Philip. Corona-Pandemie Kontrolle in der Ausnahmesituation. *Legal Tribune Online*, Berlim/Colônia, [n.p.], 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-pandemie-triage-aerzte-entscheidungen-anleitung-prozesse>>. Acesso em: 30 maio 2020.

WALTER, Tonio. Lasst das Los entscheiden! *Zeit Online*, Hamburg, 2 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>>. Acesso em: 30. jul. 2020.

WILENMANN, Javier. Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad. *InDret*, Barcelona, n. 1, p. 1-55. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2016/01/Wilenmann-Imponderabilidad-humana-y-situaciones-tra%C3%81gicas-de-necesidad.pdf>>. Acesso: 30 jul. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIMMERMANN, Till. Ärzte in Zeiten von Corona Wer stirbt zuerst? *Legal Tribune Online*, Berlim/Colônia, [n.p.], 23 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

Sobre os autores:

Lucas Minorelli | E-mail: lminorelli@gmail.com

Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS), Advogado.

Matheus Almeida Caetano | E-mail: matheusacaetano@gmail.com

Mestre em Direito (UFSC), Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra/Portugal), Advogado.

Data de submissão: 31 de julho de 2020.

Data do aceite: 4 de novembro de 2020.