

O ato médico de encaminhamento das vítimas aos respiradores

“já estão faltando respiradores na rede pública. Tivemos uma situação muito triste em que perdemos dois pacientes por falta desse equipamento. Hoje temos apenas um respirador disponível numa sala com 30 pacientes (...).” (Pedro Archer, diretor do Sindicato dos



1. Com o descontrole das contaminações pela Covid-19,

inúmeras questões relativas às obrigações dos profissionais da saúde, especialmente médicos e gestores, têm sido colocadas no debate público. Algumas se situam nas cinzentas fronteiras entre o direito e a moral. No entanto, em um Estado de Direito, moral e direito não se confundem, motivo pelo qual é fundamental o estabelecimento de critérios técnico-normativos de decisão para que os profissionais da saúde se sintam seguros no seu ofício e a população minimamente confortável na sua expectativa de eventualmente necessitar de socorro médico-hospitalar.

Um dos problemas explorados pela mídia seria o de que, em razão da insuficiência de respiradores, os médicos estariam diante de “escolhas de Sofia”, ao ter de eleger quem seria encaminhado às unidades de tratamento intensivo.

Antes de ingressar no tema, porém, importante salientar o que já referimos anteriormente^[1] em uma reflexão sobre os casos em que os profissionais recusam atendimento em razão da falta de equipamentos seguros: desde o nosso ponto de vista, a intervenção penal na área da saúde pública deve ser sempre subsidiária, notadamente pelo fato de que não episodicamente gera mais ônus sociais do que bônus, traz mais desvantagens aos envolvidos do que vantagens reais. Os estudos criminológicos demonstraram em profundidade que é ilusório acreditar que a prevenção de condutas indesejadas se materializa através da pena e que, na maioria das vezes, são procedimentos não-penais (como os administrativos) os mais eficazes e vantajosos para a comunidade.

**Davi Tangerino**Doutor em Direito Penal
e professor

2. Pedro Archer, cirurgião-geral e diretor do Sindicato dos Médicos do Rio

de Janeiro, que atua em uma emergência da Zona Oeste da capital fluminense, em reportagem datada de 20/04/20, informa que *“já estão faltando respiradores na rede pública. Tivemos uma situação muito triste em que perdemos dois pacientes por falta desse equipamento. Hoje temos apenas um respirador disponível numa sala com 30 pacientes internados em isolamento de Covid-19.”*^[2] A falta de respiradores acaba sendo um dentre a série de problemas que envolve o cuidado aos pacientes infectados. Em reportagem da *Folha de S.Paulo*, foi identificado que cerca de 60 a 70 pacientes esperavam por leitos de UTI, no Rio de Janeiro, em 22/04/20: *“para enfermaria, eram 300 à espera. São pessoas que estão só estabilizadas, em condições inadequadas, muitas vezes sem isolamento e acesso a exames ou respiradores, e atendidas por profissionais que reutilizam máscaras e macacões.”*^[3]

No início deste mês de maio, o Secretário Estadual de Saúde do Rio reconheceu que com o aumento do número de infectados não haveria respiradores suficientes e que o governo estudava quais seriam os critérios para definir quem tem direito ao tratamento. Conforme divulgado, um protocolo técnico atribuiria notas relacionadas (a) ao funcionamento e às condições de órgãos vitais (como pulmões, rins e coração) e (b) à existência de doenças preexistentes — *“quem tiver algum problema que pode ser fatal, independentemente da Covid-19, em até um ano, ganhará 4 pontos e ficará atrás na fila de quem não tiver mal algum (0 ponto) ou de quem tenha uma comorbidade que permita sobrevida maior do que um ano (2 pontos).”*^[4] Critérios de desempate, como a idade e já estar em respiração mecânica, complementaríamos o documento — *“aquele que tiver até 60 anos ganhará um leito antes dos que têm entre 61 e 80 anos. Pacientes acima dos 80 anos ficarão por último na disputa pela vaga.”*^[5] A pontuação variaria de 0 (boa) a 24 (péssima) e quanto melhores as condições de saúde do paciente (menor a nota) maiores as possibilidades de conseguir um leito.



O documento, já aprovado pela Subsecretária Estadual de Regulação e Unidades Próprias do Rio, aguardava apenas o aval do Secretário Edmar Santos para publicação no Diário Oficial. Segundo noticiado pela imprensa, o protocolo teria sido elaborado pela Secretaria de Saúde fluminense em conjunto com o Conselho Regional de Medicina do estado e a Academia Nacional de Cuidados Paliativos, com base nos “Princípios de Triage em Situações de Catástrofes” da Associação de Medicina Intensiva Brasileira, resolução do Conselho Federal de Medicina, e de protocolo publicado no *Journal of the American Medical Association*. A justificativa do regulamento é a situação limite a que chegamos: “*uma escolha terá que ser feita porque haverá ‘uma inevitável sobrecarga dos equipamentos de saúde quando alcançado o período de ápice de infecção, havendo a imediata necessidade de se promover soluções que evitem o colapso da rede estadual’.*”^[6] Um dos critérios é sintetizado no título da reportagem do jornal *O Globo*: “*Escolha de Sofia oficial: no Rio, mais jovens terão maior chance de obter vaga em UTI para tratar coronavírus.*”^[7]

3. No romance de 1979, o autor norte-americano William Styron narra a insuportável decisão de Sofia Zawistowka, polonesa detida no campo de concentração de Auschwitz.^[8] Em determinado momento, um soldado nazista exige que Sofia escolha qual dos filhos (o menino ou a menina) deveria ser salvo da execução. A narrativa ficcional lembra a situação exposta por Svetlana Aleksievitch, em “A guerra não tem rosto de mulher”, da mãe que se vê obrigada a afogar o filho recém-nascido que chorava de fome para não denunciar ao exército nazista o local de refúgio do seu grupo.^[9]

O dilema moral de Sofia, apresentado por Styron, serve apenas como uma imagem representativa de situações nas quais a tomada de decisão é extremamente difícil, talvez impossível. Todavia, diferentemente do que a aparência revela, o romance não se materializa nas situações em que os médicos que atendem infectados pela Covid-19 devem indicar quais pacientes serão encaminhados para os respiradores e quais precisam seguir na espera, mesmo sendo grave o risco de óbito. Isso porque o profissional da saúde não faz uma *escolha* (moral), mas toma uma *decisão* (técnica). E aqui há uma diferença substancial e que gera reflexos importantes no âmbito da responsabilidade jurídica (administrativa e penal).

A diferença entre *escolha* e *decisão* é tomada das lições de Lênio Streck, pensadas a partir do ato de aplicação do direito (decisão judicial). O constitucionalista aponta corretamente que a sentença não é um ato arbitrário (livre) ou discricionário, exatamente porque o magistrado não escolhe uma dentre as soluções possíveis, porque “*decidir não é sinônimo de escolher.*”^[10] Assim como o médico, o juiz não elege entre duas opções a partir de critérios personalíssimos, morais, como no caso de Sofia. A decisão do juiz e, na hipótese, a do médico, só é legítima e juridicamente correta se fundamentada (motivada) em diretrizes preestabelecidas, pois “*no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado.*”^[11]



A legitimidade (e correção) da decisão do profissional da saúde se encontra na observância rígida dos parâmetros predeterminados pelos órgãos de controle sanitário. E são estes critérios que devem vincular a tomada de decisão de encaminhar para a UTI uma pessoa de 40 anos em detrimento de outra de 80, p. ex. Por mais que, do ponto de vista pessoal, seja doloroso ao médico fazer este encaminhamento; por mais que o profissional entenda incorretos ou questionáveis os critérios; por maior que seja o envolvimento com o paciente; por maior que seja o abalo emocional provocado pela decisão. As diretrizes técnicas servem para que o ato do médico tenha *coerência e integridade*: coerência no sentido de que os mesmos critérios serão utilizados para resolver casos idênticos; integridade de forma a impedir que qualquer um decida conforme os seus critérios (a sua “consciência”).^[12] E é exatamente a conformidade da decisão médica com as diretrizes técnicas que soluciona o problema no âmbito jurídico-penal.

4. O direito penal brasileiro procura resolver o “dilema de Sofia” especialmente no campo da antijuridicidade.

Nos termos do art. 24 do Código Penal, “*considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*” Assim, não atua ilicitamente aquele que, em razão da existência de um dano iminente, sacrifica bem jurídico de terceiro que não gerou o perigo. Trata-se de um conflito entre interesses tutelados juridicamente em que o sujeito opta pela salvaguarda de um em detrimento do outro. Diferente da legítima defesa, no estado de necessidade não há reação contra uma agressão, mas uma ação contra terceiro inofensivo.^[13]

Tavares lembra que com a incorporação do finalismo na Reforma de 1984, adotou-se no Brasil a “teoria diferenciadora”, distinguindo-se o estado de necessidade em estado de necessidade justificante (causa de exclusão da ilicitude) e exculpante (causa de exclusão de culpabilidade). A diferença reside na hierarquia do bem jurídico protegido em comparação ao sacrificado. Segundo o penalista, “*o valor [hierárquico] não refere à avaliação econômica do bem, mas sim à sua importância para a ordem jurídica (por exemplo, a vida tem maior valor do que a integridade corporal e do que o patrimônio).*”^[14]

No caso de conduta protetiva de bens jurídicos de igual ou maior valor (sacrifício de uma vida para salvar outra ou sacrifício da integridade física para salvar uma vida), a teoria diferenciadora resolve o problema através da exclusão da ilicitude (estado de necessidade justificante); em caso de sacrifício de bem de menor valor, a discussão é remetida ao âmbito da culpabilidade, em que são estabelecidos critérios próprios para verificar a possibilidade (ou não) de responsabilização penal. Em todas as hipóteses, porém, os limites do sacrifício do bem jurídico são estabelecidos pelos parâmetros da proporcionalidade (proibição do excesso), nos termos do art. 23, parágrafo único, do Código Penal.^[15] Além da desproporcionalidade verificável na forma da conduta (ativa ou reativa), igualmente, há excesso punível nos casos em que há uma disparidade substancial entre os bens em conflito (sacrifício de um bem jurídico relevante para salvaguardar um insignificante).



A doutrina usualmente refere as denominadas “comunidades de perigo” para exemplificar as hipóteses de sacrifício de uma vida para salvar outra, como o caso em que dois alpinistas em escalada se veem na situação de que o de cima deve cortar a corda para sobreviver, ainda que cause a morte do companheiro que se encontra suspenso.^[16]

Os casos das “comunidades em perigo” não se confundem, porém, com os dos médicos que *devem* decidir qual paciente terá acesso ao respirador e qual ficará em espera, notadamente porque o profissional da saúde atua conforme protocolos técnicos. É *obrigação* do médico verificar quais pacientes cumprem os requisitos e, em consequência, encaminhá-los ao tratamento adequado. Em realidade, o caso não é propriamente de estado de necessidade (justificante), mas de *cumprimento de dever legal*, de atuação exigida dentro dos limites da responsabilidade profissional. E não há imputação quando o agente atua na estrita observância dos deveres profissionais. Exatamente por isso que, diferente da situação de Sofia ou dos alpinistas, não estamos perante uma causa de exclusão de antijuridicidade, mas de fato atípico, pois o médico atua no âmbito do seu dever legal. O dever é evidente a ponto de que o profissional poderia incorrer no crime de omissão de socorro se optasse, conscientemente, por não indicar qual pessoa infectada deve receber o tratamento, em desacordo com a conduta esperada (art. 135 do Código Penal).

A concepção dialética de injusto difere o estado de necessidade e a legítima defesa (causas justificantes) do exercício regular de um direito e do estrito cumprimento do dever legal, situações que excluiriam a tipicidade.^[17] Não se há de falar em fato típico quando o sujeito atua por determinação de lei. A atuação nos limites do dever sequer merece indagação quanto à ilicitude, pois o Estado não pode, através do direito (leis, decretos, portarias etc.), ao mesmo tempo impor e proibir uma conduta.

5. O problema surge, porém, nas hipóteses em que *o médico deliberadamente desrespeita os protocolos técnicos*, ou seja, quando “escolhe” (e não decide justificadamente) encaminhar ao respirador paciente infectado por Covid-19 que se encontra em posição desvantajosa em relação a terceiros ou, em uma situação ainda mais delicada, quando interrompe o tratamento de um doente para liberar o equipamento para outro em situação de risco similar. Nesses casos de infração às diretrizes sanitárias, havendo dano ao(s) paciente(s) preterido(s) — e a probabilidade de dano, no caso, é real e concreta, não apenas uma presunção —, a conduta pode ser enquadrada como omissão de socorro (art. 135, Código Penal) ou, inclusive, como homicídio ou lesões corporais, dependendo das dimensões subjetivas que o fato adquire (vontade e/ou assunção de risco, nos termos do art. 18, I, do Código Penal).

No entanto, é de se reconhecer que mesmo não sendo nobres os critérios morais da escolha — e o problema das escolhas morais sempre reside na plasticidade dos parâmetros de validação da sua (in)correção (e exatamente por isso precisamos das regras jurídicas) —, objetivamente a conduta estaria enquadrada nas hipóteses do estado de necessidade, pois, ao fim, foi direcionada à proteção de um bem jurídico relevante (vida). Não significa dizer, contudo, que o sujeito que infringe as diretrizes técnicas esteja imune de responsabilidade.



Nesse ponto retomamos a assertiva inicial de que a intervenção penal deve ser sempre subsidiária e de que, nas questões relacionadas à saúde pública, o direito administrativo pode ser muito mais eficaz e adequado. Assim, embora esteja amparado pela causa de justificação (estado de necessidade), não praticando ilícito *penal*, o médico que encaminha ao respirador paciente em violação aos critérios predeterminados, desrespeitando a ordem de precedência, não está isento da responsabilização administrativa, respondendo pela falta nas esferas próprias, ou seja, funcional (unidade de atendimento) e/ou profissional (conselhos de representação) — independente, ainda, da eventual reparação do dano na órbita cível.

Importante referir, por fim, inclusive para que os mitos da efetividade da prevenção pela pena (criminal) não sejam reforçados, que a experiência demonstra que o afastamento do cargo, a suspensão do exercício ou o cancelamento do registro — hipóteses de sanções administrativas —, na maioria das vezes, são recebidas pelos infratores como tão agressivas quanto as penas, sobretudo pelos danos gerados à imagem profissional. Significa dizer: não responsabilização criminal não implica impunidade, visto ser o direito complexo e dotado de inúmeros instrumentos para a resolução da conflitividade social.

* Texto síntese das ideias desenvolvidas na Aula Magna ao Curso de Direito da UniLasalle, proferida em 06/05/2020 por Salo de Carvalho.

[1] Carvalho, Salo; Aguiar, Lucas. A Omissão de Socorro dos Profissionais da Saúde no Atendimento às Vítimas da Covid-19: os limites da responsabilidade penal, **Conjur**, 11/05/2020.

[2] Palhano, Gabriela. Médico do Rio diz ter só um respirador para 30 pacientes: ‘A gente acaba tendo que escolher’, **G1**, 20/04/20 (<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/22/medico-do-rio-diz-ter-so-um-respirador-para-30-pacientes-a-gente-acaba-tendo-que-escolher>)

[3] Folha de São Paulo. **Rio já tem espera de dias por UTI, e médicos escolhem quem usa respirador**, 23/04/20 (<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/rio-ja-tem-espera-de-dias-por-uti-e-medicos-escolhem-quem-usa-respirador>).

[4] Extra. **Rio faz protocolo para definir quem terá leito e respirador: para médico, escolha marcará a vida dos que estão na linha de frente**, 01/05/20 (<https://extra.globo.com/noticias/rio/rio-faz-protocolo-para-definir-quem-tera-leito-respirador-para-medico-escolha-marcara-vida-dos-que-estao-na-linha-de-frente-24404919>)

[5] Zero Hora. **Governo do Rio de Janeiro estuda critérios para escolher quais pacientes com covid-19 terão direito a vaga em UTI**, 01/05/20 (<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/05/governo-do-rio-de-janeiro-estuda-criterios-para-escolher-quais-pacientes-com-covid-19-terao-direito-a-vaga-em-uti>)



ck9oirctc00ca015ndl6pkcoo)

[6] Extra. **Rio faz protocolo para definir quem terá leito e respirador**
: para médico, escolha marcará a vida dos que estão na linha de frente, 01/05/20
(<https://extra.globo.com/noticias/rio/rio-faz-protocolo-para-definir-quem-tera-leito-respirador-para-medico-escolha-marcara-vida-dos-que-estao-na-linha-de-frente-24404919>).

[7] Grinberg, Felipe. **Escolha de Sofia oficial**: no Rio, mais jovens terão maior chance de obter vaga em UTI para tratar coronavírus, O Globo, 01/05/20 (<https://oglobo.globo.com/rio/escolha-de-sofia-oficial-no-rio-mais-jovens-terao-maior-chance-de-obter-vaga-em-uti-para-tratar-coronavirus-24404895>)

[8] Styron, William. **A Escolha de Sofia**. Rio de Janeiro: Record, 1979.

[9] Aleksiévitch, Svetlana. **A Guerra não tem Rosto de Mulher**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 32.

[10] Streck, Lenio L. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 114.

[11] Streck, Lenio L; Oliveira, Rafael T. **O Que é Isto – As Garantias Processuais Penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99.

[12] Streck, Lenio L. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 101.

[13] *“O estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa. Nesta, a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta, enquanto naquela a ação se dirige, em regra, contra um bem jurídico pertencente a terceiro inocente. Em ambas, há a necessidade de salvar um bem ameaçado.”* (Bitencourt, Cezar. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254)

[14] Tavares, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: TirantloBlanch, 2018, pp. 329.

[15] *“O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”* (art. 23, parágrafo único, do Código Penal).



[16] Tavares, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: TirantloBlanch, 2018, p. 317.

Para além da evidência do estado de necessidade, Tavares propõe que o tema seja discutido sob o *princípio da impossibilidadereal*, decorrente do art. 123, I e do art. 124 do Código Civil, que dispõe sobre a inexistência de obrigações impossíveis, pois “obrigações impossíveis não são autorizadas”. O tema diz respeito à admissibilidade de espaços juridicamente livres, ou setores de neutralidade jurídica, entre o lícito e o ilícito (sobre o tema, Tavares, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: TirantloBlanch, 2018, pp. 313-322).

[17] Tavares, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: TirantloBlanch, 2018, p. 322.

Date Created

21/05/2020