

CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

EDNALDO VIEIRA FILHO

A “ESCOLHA DE SOFIA” E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO
PROFISSIONAL MÉDICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

CAMPINA GRANDE – PB

2021

EDNALDO VIEIRA FILHO

**A “ESCOLHA DE SOFIA” E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO
PROFISSIONAL MÉDICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19**

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico - apresentado como pré requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela UNIFACISA – Centro Universitário.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. da UNIFACISA Dimitre Braga Soares de Carvalho.

CAMPINA GRANDE – PB

2021

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico –
A “ESCOLHA DE SOFIA” E A RESPONSABILIDADE
CRIMINAL DO PROFISSIONAL MÉDICO NO
CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19, como
parte dos requisitos para obtenção do título de
Bacharel em Direito, outorgado pela UNIFACISA –
Centro Universitário.

APROVADO EM ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º da UNIFACISA, Dimitre Braga Soares de
Carvalho, Doutor. Orientador

Prof.º da UNIFACISA, Nome Completo do Segundo
Membro, Titulação.

Prof.º da UNIFACISA, Nome Completo do Terceiro
Membro, Titulação.

A “ESCOLHA DE SOFIA” E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO PROFISSIONAL MÉDICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Ednaldo Vieira Filho*¹

Dimitre Braga Soares de Carvalho**²

RESUMO

A crise sanitária provocada pela nova cepa de coronavírus surgida no final de 2019 agravou um cenário de saúde já desolador no Brasil, trazendo consigo situações sobre as quais não há regulamentação jurídica específica ou jurisprudência firmada. Uma dessas situações ocorre nas superlotadas unidades de terapia intensiva, em que os médicos que lidam com os doentes respiratórios em estado grave precisam, diante da escassez de vagas e recursos, escolher quais pacientes receberão os cuidados necessários. Em outras palavras, em determinados momentos, os médicos precisam escolher quem irá viver e quem perecerá. Essa escolha, em razão da semelhança com aquela realizada no romance de William Styron, é denominada “escolha de Sofia”. Diante disso, busca o presente trabalho elaborar discussão, à luz do Direito Penal brasileiro, acerca dos aspectos jurídicos relacionados à “escolha de Sofia” pelos profissionais médicos brasileiros, no contexto da atual pandemia de COVID-19, especificamente no que concerne à responsabilização criminal destes profissionais. A investigação científica realizou-se de modo exploratório, com abordagem qualitativa, elaborando-se uma ampla revisão bibliográfica com o intuito de reunir as principais posições doutrinárias acerca do objeto de estudo. Após, discutiu-se o conteúdo encontrado, à luz da legislação vigente e da jurisprudência firmada, chegando-se a conclusão de que o próprio Código Penal brasileiro já traz em seu texto hipóteses perfeitamente aplicáveis à situação aqui em discussão, as quais isentam o profissional médico de responsabilidade criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. Escolha de Sofia. Responsabilidade Criminal.

¹ * Graduando do Curso Superior de Bacharelado em Direito. Médico graduado pela Universidade Federal de Campina Grande. Endereço eletrônico: evieirafl@gmail.com;

² Professor Orientador. Pós-Doutorando em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pelo Centro de Direito de Família da Pontifícia Universidade Católica de Buenos Aires. Endereço eletrônico: dimitrisoares@hotmail.com

ABSTRACT

The health crisis caused by the new strain of coronavirus that emerged at the end of 2019 has aggravated an already bleak health scenario in Brazil, bringing with it situations for which there is no legal regulation or specific jurisprudence. One of these situations occurs in overcrowded intensive care units, where physicians who deal with severely ill respiratory patients need, given the scarcity of places and resources, to choose which patients will receive the necessary care. In other words, at certain times doctors must choose who will live and who will perish. This choice, due to the similarity with the one made in the novel by William Styron, is called "Sofia's choice". Therefore, this paper seeks to elaborate a discussion, in the light of Brazilian Criminal Law, about the legal aspects related to the "Sofia's choice" by Brazilian medical professionals, in the context of the current COVID pandemic, specifically with regard to the criminal liability of these professionals. The scientific investigation was carried out in an exploratory way, with a qualitative approach, with a broad bibliographic review in order to gather the main doctrinal positions about the object of study. The content found was discussed, in light of current legislation and established jurisprudence, reaching the conclusion that the Brazilian Penal Code itself already brings in its text hypotheses perfectly applicable to the situation under discussion, which exempt the medical professional from criminal liability.

KEYWORDS: Pandemic. Sofia's Choice. Criminal Responsibility

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende discutir, à luz do Direito Penal brasileiro, aspectos jurídicos relacionados à chamada "escolha de Sofia" e à adoção do protocolo da Medicina de Catástrofe pelos profissionais médicos brasileiros, no contexto da atual pandemia de COVID-19, sobretudo no tocante à responsabilização criminal destes profissionais.

Os anos de 2020 e 2021 têm sido marcados pela propagação de uma doença respiratória viral altamente contagiosa e potencialmente letal denominada COVID-19. Notificada pela primeira vez na China, em 31 de dezembro de 2019 (OMS, 2020), em apenas três meses a Organização Mundial de Saúde (OMS) conferiu à nova doença o status de pandemia. No Brasil, assistiu-se a uma rápida escalada do número de casos, que, em em pouco mais de 12 (doze) meses, alcançou a marca de 15 (quinze) milhões de pessoas, com aproximadamente 400 mil mortos (BRASIL, 2020). O sistema de saúde brasileiro se viu, assim, diante de um dramático aumento da demanda por atendimento médico, sobrecarregando um já deficitário quadro de recursos tanto materiais, quanto de pessoal.

Diante do cenário potencialmente calamitoso, as sociedades médicas passaram a discutir como seus profissionais deveriam agir, caso a situação se tornasse, de fato, insustentável. Havendo mais pacientes do que o sistema poderia absorver, era preciso decidir, dentre todos, a quais deles deveriam ser direcionados os cuidados médicos, sobretudo perante a escassez de vagas nas unidades de terapia intensiva. Em outras palavras, era preciso decidir quem deveria morrer e quem deveria viver.

Por se assemelhar à escolha feita por Sofia Zawistowka, no romance do escritor americano William Styron, de 1979, em que uma mãe polonesa é forçada por oficiais nazistas a escolher qual de seus dois filhos viverá e qual será encaminhado para a câmara de gás, tal situação costuma ser chamada de "escolha de Sofia" (STYRON, 2010). Muito embora necessária, posto que inevitável em determinados casos, tal escolha, que à primeira vista aparenta ser puramente racional, traz consigo melindres das mais variadas ordens, o que somente agrava uma decisão já difícil em seu cerne, sobretudo pela ausência de consenso quanto aos critérios a serem adotados.

Para alguns, o critério deveria ser unicamente a gravidade do quadro clínico. Para outros, a idade do paciente. Muitos viram como solução a implantação do protocolo de Medicina de Catástrofe, da Sociedade Espanhola de Terapia Intensiva, com seus escores próprios de prioridade. Outros defenderam a recomendação emitida pela Associação Médica Brasileira.

Às discussões de ordem técnica, e até mesmo moral, somaram-se outras ainda mais penosas, relativas aos aspectos jurídicos envolvidos na escolha. Profissionais médicos, juristas e a sociedade em geral passaram a questionar a legalidade dos protocolos adotados pelos serviços médicos. Pôs-se em cheque a constitucionalidade de tais escolhas, levantando-se temas caros ao Direito Constitucional hodierno, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e a própria vida como bem jurídico maior.

Ultrapassando a seara constitucional, adentrou-se, inclusive, o âmbito criminal, com questionamentos do tipo: poder-se-ia responsabilizar criminalmente um profissional médico que, não dispondo de outra alternativa, tivesse de escolher a qual paciente dedicar recursos e cuidados?

Não é demais lembrar que a vida constitui o bem jurídico mais sagrado da escala valorativa do Direito brasileiro, de forma que qualquer debate que a tenha em seu âmago revestir-se-á de elevada reverência. Por mais que se tente imprimir um caráter precipuamente técnico às diretrizes estabelecidas sobre o assunto, é bem verdade que a tarefa de eliminar a individualidade do paciente em questão, olvidando seus valores, suas idiossincrasias, sua história de vida, na tentativa de evitar que se deixe contaminar por tais aspectos, constitui-se em tarefa custosa. Daí advêm as dificuldades para o profissional que, sendo médico, sujeita-se ao risco de assumir o labor de juiz.

As reflexões sobre o tema são, portanto, social e cientificamente relevantes. Para os operadores do Direito, assim como para os profissionais médicos, o objeto traz ainda maior valia, porquanto levante questões diretamente a eles relacionadas. Não obstante a importância da matéria, poucos são os trabalhos que discutem a questão mais a fundo, sobretudo na esfera do Direito, talvez pela própria ausência de consenso que permeia o tema.

Constituiu, ainda, estímulo para a elaboração desta pesquisa o interesse pessoal do autor nas áreas médica e jurídica. Tal particularidade, em adição ao

cenário pandêmico atual, foi determinante para a feitura do presente trabalho, que não se propõe a estabelecer uma resposta definitiva sobre o tema, mas sim trazer à baila aspectos significativos deste.

2 PANORAMA DA CRISE DE SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA EM RAZÃO DO COVID-19

A Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe em seu artigo 196 que “A Saúde é direito de todos e dever do Estado”. Em um país que alcançou no último ano, conforme estimativa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), a população aproximada de 211 milhões de habitantes, tal normativa constitucional pode ser posta em prática através da criação de um gigantesco sistema de saúde, capaz de abarcar de forma “gratuita, universal e integral” uma nação ainda em desenvolvimento, que contava, em 2019, com 13,4 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza (GARCIA, 2020).

Trata-se aqui do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 2020), criado como única via de assistência à saúde para 64,4% da população. Os demais 35,6% da população têm à sua disposição, além do SUS, a rede de saúde privada, que atua de forma complementar àquele, conforme disposto no art. 199, §1º, da CF/88 (BERMÚDEZ, 2020).

Dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES, 2019), mostram que o Brasil dispunha, ao final de 2019, de 493.010 leitos de internação, 46.045 leitos de UTI (dos quais aproximadamente a metade pertenciam ao SUS) e 65.411 ventiladores mecânicos. Embora sejam, indiscutivelmente, números superlativos, são insuficientes para atender a uma população que, somente em 2019, necessitou de 9,3 milhões de internações hospitalares. Em verdade, para que se atingisse a quantidade de leitos hospitalares recomendada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), seria necessário, considerando apenas os leitos do SUS, um acréscimo de 145.460 leitos (PITTA, 2021).

Tabela 1 - Proporção de leitos de UTI SUS e Não SUS por região/UF em momento pré-pandemia (dezembro/2019).

Região	Total de Leitos UTI	Leitos UTI SUS	Leitos UTI não SUS
Norte	2.355	1.501	854
Nordeste	8.472	5.068	3.404
Sudeste	24.277	10.600	13.677
Sul	6.650	4.174	2.476
Centro-Oeste	4.291	1.706	2.585
BRASIL	46.045	23.049	22.996

Fonte: CNES (2020)

Tabela 2 - Proporção de leitos de UTI SUS e Não SUS por região/UF durante pandemia (abril/2020).

Região	Total de Leitos UTI	Leitos UTI SUS	Leitos UTI não SUS
Norte	3.128	1.793	1.335
Nordeste	12.480	5.968	6.512
Sudeste	31.292	11.696	19.596
Sul	8.269	4.761	3.508
Centro-Oeste	5.096	1.935	1.161
BRASIL	60.265	26.153	34.112

Fonte: CNES (2020)

A partir da análise dos dados acima, percebe-se que mesmo em situações regulares, a estrutura hospitalar do Brasil não é suficiente para atender às necessidades da população, apresentando um déficit de leitos hospitalares da ordem de 30% (trinta por cento). Agora, some-se às demandas ordinárias, uma pandemia viral que, em pouco mais de um ano, infectou 15 milhões de pessoas, das quais 400 mil foram a óbito. Este é o panorama da Saúde no Brasil no cenário da COVID-19 (BRASIL, 2020).

A forma devastadora como a pandemia de COVID-19 se alastrou pelo país levou a uma rápida escassez de leitos e recursos materiais e humanos, de forma que a demanda por vagas de UTI rapidamente superou a oferta. Os profissionais

médicos, então, viram-se diante da necessidade de tomar a difícil decisão de selecionar quais pacientes teriam acesso aos poucos leitos disponíveis, na chamada “escolha de Sofia”.

3 CRITÉRIOS OBJETIVOS NA "ESCOLHA DE SOFIA"

Não existe um protocolo de aplicação obrigatória para a realização da “escolha de Sofia”. Na verdade, cada serviço médico tem autonomia para, considerando a realidade local, elaborar seu próprio documento, desde que procure respeitar os preceitos éticos e legais da prática médica. Nesse contexto, merecem destaque dois principais modelos que têm servido de guarida para os protocolos em utilização no Brasil: o modelo americano de Biddinson (BIDDINSON *et al*, 2018) e o protocolo de Medicina de Catástrofe da Sociedade Espanhola de Terapia Intensiva (SEMICYUC).

O modelo americano de Biddinson foi utilizado pela Associação Médica Brasileira (AMB), que, em conjunto com outras sociedades médicas nacionais, lançou, em abril de 2021, um documento chamado "Recomendações de Alocação de Recursos em Esgotamento durante a pandemia de COVID-19". Tal protocolo foi proposto "com o objetivo de salvar mais vidas, defender a transparência e proteger os profissionais de saúde". (AMB, 2021)

O protocolo da AMB fundamenta-se, basicamente, no nível de gravidade das disfunções orgânicas apresentadas pelo paciente e na identificação de maior probabilidade de sobrevida inferior a um ano em decorrência da presença de comorbidades. Em outras palavras, quanto maior a chance de sobrevivência de um paciente e quanto maior a expectativa de vida esperada para aquele paciente, maior prioridade ele terá na fila de UTI. Diferentemente do modelo americano em que se baseou, o protocolo brasileiro não leva em consideração a idade do paciente.

Antes mesmo de sua divulgação e aplicação, o documento da AMB suscitou discussões acerca das implicações jurídicas que poderia trazer, uma vez que o objeto daquele protocolo é o bem de maior valor para o ordenamento jurídico pátrio: a vida.

Já o protocolo de medicina de catástrofe da SEMICYUC serviu de base para a elaboração de documentos por parte de Conselhos Regionais de Medicina, como

o do Rio de Janeiro (CREMERJ). Com base em princípios como justiça, dever de cuidar, dever de administrar recursos, transparência, consistência, proporcionalidade e responsabilidade, são aplicados escores específicos de prioridade que vão de 1 (um) a 4 (quatro), sendo que apenas os pacientes com até dois pontos terão acesso à UTI.

Mais uma vez, o protocolo trouxe consigo a discussão acerca da legalidade de sua aplicação, por lidar com o bem jurídico da vida.

4 A VIDA COMO BEM JURÍDICO PENAL

A vida humana é composta por bens, sejam eles materiais ou imateriais. Aos bens de maior valoração na existência humana, o Direito conferiu especial proteção, tornando-os bens jurídicos. Para Bianchini, Molina e Gomes bem jurídico é :

"o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo". (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 232)

Nesse lume, é importante destacar o que traz a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"

O dispositivo legal citado traz a vida como o primeiro bem jurídico a ser protegido, naquele artigo que é considerado símbolo máximo das garantias fundamentais no ordenamento brasileiro. Ora, levando-se em conta que, sem vida, é incabível a existência de qualquer outro direito, nada mais natural que aquela esteja no mais alto patamar valorativo de nossa legislação. Assim aduz Moraes (2003) quando afirma que "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".

Em verdade, orbitando ao redor do direito à vida, estão outros igualmente indispensáveis e a ela essenciais, tais quais o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à educação e à saúde.

Mas para um bem jurídico de tão inestimável valor, não basta apenas ser juridicamente tutelado. Necessita-se conferir-lhe o mais alto grau de proteção que o ordenamento jurídico seja capaz de oferecer, qual seja, a tutela jurídica penal, que, em razão de sua fragmentariedade e, consoante o princípio da intervenção mínima, é reservada apenas para os bens de maior importância.

Dito isso, chega-se a um questionamento essencial: como se poderia admitir que o profissional médico, no exercício do seu labor, deliberadamente escolhesse qual paciente deveria perecer, diante das dificuldades impostas por um sistema sobrecarregado? Quais as implicações de tal decisão na esfera criminal?

5 IMPLICAÇÕES PENAIS DA “ESCOLHA DE SOFIA”

A grande discussão que se impõe é se, ao realizar a “escolha de Sofia”, estaria o médico incorrendo em crime. Antes de mais nada, é forçoso esclarecer, portanto, o conceito de crime.

O Código Penal brasileiro atual não traz a definição legal de crime. A única legislação que traz tal referência é a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 2.848), que assim diz em seu art. 1º:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente Lei de Introdução ao Código Penal.

Dada a limitação da definição acima exposta, a melhor alternativa é utilizar-se do conceito analítico de crime, em sua variante tripartite, atualmente mais aceita. Tal corrente doutrinária define o crime como uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Assim expõe Francisco de Assis Toledo:

“Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas

fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.” (TOLEDO 1990, p. 80)

6 TIPICIDADE

A princípio, sobre tipicidade, Mirabete (2006) a define como "a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei". Assim, expressão maior do princípio da legalidade, a existência de tipicidade penal pressupõe quatro elementos, doravante analisados considerando uma situação envolvendo um profissional médico que, diante da escassez de leitos de UTI, opta por salvar o paciente com melhor prognóstico, em obediência aos protocolos médicos vigentes, permitindo que um segundo venha a óbito.

O primeiro elemento é a conduta, seja ela dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva. Via de regra, a responsabilidade criminal médica tem fundamento na culpa, cujos elementos são dispostos no art. 18 do Código Penal: "Diz-se o crime: (...) II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

No crime culposos, um bem jurídico de terceiro é lesado por uma violação a um dever geral de cuidado. Nos casos em que isso ocorre em função da inobservância a regras de cautela a que o profissional deveria se ater, tem-se a negligência; havendo a prática de atos temerários, não condizentes com a devida prudência recomendada àquela atividade, está-se diante da imprudência; por fim, em se tratando de desconhecimento de regra técnica profissional, ocorre a imperícia.

Sobre o tema, transcreve-se trecho de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O contrato entre paciente e médico é de meio e não de resultado, ressalvada a hipótese de cirurgia estética (já que em razão de sua finalidade de embelezamento tem-se a procura específica do paciente por um resultado concreto). Desse modo, os descumprimentos de compromissos contratuais são pertinentes à omissão ou ação por imprudência, negligência ou imperícia, buscando-se a conduta dolosa ou culposa e, mais do que isso, uma relação de causa e efeito entre essa eventual falta do profissional e o dano ao paciente. (TJ-RS - AC: 70060282100 RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de

É fato que, ao escolher dentre dois ou mais pacientes em estado crítico, a qual deles serão dedicados os cuidados de saúde, o médico adotou uma conduta, e desta, inclusive, resultará o segundo elemento componente da tipicidade do crime, qual seja, o resultado. Poder-se-ia, conforme correntes mais radicais, até mesmo atribuir ao médico a conduta em sua modalidade mais criminalmente reprovável, a dolosa, haja vista que, ao tomar sua decisão, quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A doutrina, no entanto, não coaduna com tal pensamento.

O terceiro elemento, o nexo causal, resulta da relação direta entre os dois primeiros. No momento em que praticou a conduta, e esta teve como resultado a morte, estabeleceu-se o nexo causal. Não obstante, estando a conduta praticada pelo agente em perfeita consonância com a descrição abstrata prevista na norma ("matar alguém"), tem-se preenchido o quarto elemento, que é a tipicidade formal.

Assim, não resta dúvidas de que estão preenchidos os requisitos para a tipicidade, primeiro elemento do conceito analítico de crime.

7 ILICITUDE

Superado isso, é necessário avaliar o segundo elemento da teoria tripartite do Direito Penal, qual seja: a ilicitude, ou antijuridicidade. Formalmente, trata-se da relação de contrariedade entre um fato e o Direito Penal (NUCCI, 2020). Tal conceito, no entanto, não é o bastante, porquanto se confunde com a própria definição de tipicidade. É necessário adicionar um conceito material, qual seja, a viabilidade de produzir, de fato, uma lesão ou colocar em risco um bem jurídico. Assim descreve Cleber Masson:

Em face da recepção da teoria da tipicidade como indício de ilicitude, quando exercido o fato típico se prevê a característica ilícita. Mas essa presunção é relativa, pois um fato típico pode ser considerado lícito, desde que esteja amparado pelas causas de excludente de ilicitude, que são a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, e o exercício regular de um direito. (MASSON, 2015).

Outrossim, é essencial para a caracterização da ilicitude, que haja um efetivo prejuízo a um bem. Se uma determinada conduta, ainda que típica, for justificada por

alguma condicionante legalmente prevista, aquele ato, que a princípio era ilícito, torna-se lícito. A essas condicionantes dá-se o nome de excludentes de ilicitude. Assim normatiza o art. 23 do Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Atente-se, agora, ao inciso I do artigo citado, o “estado de necessidade”, melhor explanado no artigo seguinte da legislação penal:

Art. 24 - 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.

Esmiuçando-se a normatização do estado de necessidade, tem-se as seguintes características essenciais (a) ameaça a direito próprio ou alheio; (b) existência de um perigo atual e inevitável; (c) inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; (d) situação não provocada voluntariamente pelo agente; (e) inexistência de dever legal de enfrentar o perigo;

Transpondo-se as circunstâncias previstas em norma para uma situação fática, em que um médico não dispõe de recursos para salvar os enfermos que dele necessitam, percebe-se a plena adequação entre ambas, afinal (a) o profissional está diante de duas ou mais vidas em vias de perecimento; (b) um perigo atual e inevitável se avizinha, qual seja, a morte dos pacientes; (c) a escassez de recursos materiais e humanos torna inevitável o sacrifício de pelo menos uma daquelas vidas; (d) não foi o médico que provocou aquela situação periclitante; (e) não cabem ao profissional médico as medidas de enfrentamento que poderiam minorar a ocorrência de tal situação, mas sim aos gestores de políticas em Saúde. Quanto ao quesito último, vejam-se as palavras de Jovenniu Santos, que assevera:

Em relação ao enfrentamento do perigo, é necessária bastante cautela para fazer-se o juízo de adequação. Não se busca aqui a realização de atos de heroísmo, sendo imprescindível o bom senso nessas situações. A título de exemplo, não se pode exigir que um bombeiro entre em um prédio desabando para retirar de lá uma pessoa que se encontra presa em algum escombros”. (SANTOS, 2017)

Destarte, diferente do que se possa pensar a princípio, não se trata do médico, enquanto profissional atuante na frente de batalha de uma pandemia,

utilizar-se de medidas que contrariem a boa técnica, numa irracional tentativa de “salvar a tudo e a todos, custe o que custar”. Afinal, por mais que se esforce, não conseguirá o profissional multiplicar uma quantidade limitada de leitos, ventiladores mecânicos, monitores cardíacos, dentre outros equipamentos necessários aos cuidados intensivos.

Percebe-se, portanto, um perfeito encaixe entre a situação fática aqui descrita e a previsão legal do estado de necessidade, sendo esta a principal hipótese utilizada na escusa da responsabilidade criminal do médico nas hipóteses de “escolha de Sofia”.

Mas, ainda na seara da ilicitude, parte da doutrina entende que a situação em questão amolda-se a uma situação de estrito cumprimento do dever legal, numa espécie de analogia em sentido amplo.

Ora, considerando que existem critérios, ainda que não obrigatórios, que normatizam a conduta do profissional nas situações extremas aqui ilustradas, é cabível a aplicação da referida excludente de ilicitude. Ao escolher de forma objetiva qual paciente deverá receber os cuidados, o médico está cumprindo estritamente o seu dever, amparado pela objetividade e rigor técnico.

8 CULPABILIDADE

Presentes a análise dos dois primeiros pilares da teoria tripartida de crime, faz-se necessário examinar o terceiro elemento, o qual diz respeito à culpabilidade. De acordo com Neto (2013), a culpabilidade consiste na inexistência de um delito sem que o agente do fato tenha a possibilidade exigível de conduzir-se conforme o direito, não podendo ser penalmente responsabilizado quem não é culpável. Em outras palavras, a culpabilidade diz respeito ao juízo de reprovabilidade em relação ao agente que pratica um ato típico e ilícito.

O primeiro requisito para que se torne o agente culpável é sua imputabilidade, ou seja, sua condição de sujeito mentalmente capaz de entender a ilicitude de sua conduta e de portar-se conforme esse entendimento. É fato que o médico que pratica a “escolha de Sofia” encontra-se em pleno uso de suas faculdades mentais, não havendo qualquer dúvida de sua imputabilidade.

O próximo requisito, também alheio a esta discussão, é a potencial consciência da ilicitude, que consiste no conhecimento, por parte do agente, de que sua conduta é ilícita. Não existe um só profissional médico que não entenda o quão condenável é a ação de negar seus cuidados ao doente que deles necessitam. Tanto é verdade, que daí deriva toda a angústia e dúvida por parte dos profissionais que assim precisam agir. Não se trata, portanto, de desconhecimento da ilicitude, muito menos há que se falar em erro de proibição, subtema deste tópico.

Com efeito, o que se quer discutir aqui é o terceiro requisito de aferição da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa.

Conceitua Rogério Greco que exigibilidade de conduta diversa é a "possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se sua particular condição de pessoa humana" (GRECO, 2018). Ou seja, esperava-se que o agente, naquela situação, agisse conforme o que prevê a norma.

Pergunta-se: como esperar, em uma hipotética situação de escassez de leitos, que o profissional opte por conduta diversa, considerando que não se vislumbra outra possibilidade? Trata-se de questão meramente matemática, dois pacientes para um leito. Que outra conduta poder-se-ia tomar, que não a escolha de um dos pacientes para ocupar o único leito disponível?

De fato, não há que se falar em culpabilidade do profissional quando da tomada de tão angustiante decisão.

9 ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO FRENTE À PRÁTICA DA “ESCOLHA DE SOFIA”

O arrazoado trazido à baila neste trabalho termina por concluir pela impossibilidade de responsabilização criminal do profissional médico na hipótese em que se configure uma “escolha de Sofia”. Dado que, não obstante se possa ter uma eventual tipicidade do fato, não há que se falar em ilicitude, tampouco em culpabilidade.

Neste ponto, as palavras de Genival Veloso de França, maior nome da Medicina Legal brasileira, parecem se amoldar com perfeição à discussão aqui realizada, quando assim ele diz:

“A Medicina, principalmente nesses últimos trinta anos, sofreu um extraordinário e vertiginoso progresso, o que obrigou o médico a enfrentar novas situações, muitas delas em sensível conflito com sua formação e com o passado hipocrático. O médico teve sempre como guias sua consciência e uma tradição milenar; porém, dia a dia, surge a necessidade de conciliar esse pensamento e o interesse profissional com as múltiplas exigências da coletividade.” (FRANÇA, 2010)

Tem-se uma situação peculiar, em verdade inesperada para a maioria dos profissionais que exercem o labor médico, e que requer, como tal, medidas também peculiares. Estas necessitam ser analisadas de forma circunstancial, entendendo-se sua urgência e inevitabilidade.

Por fim, citem-se as palavras de Nestor Forster:

Exigir do médico que ele tenha a obrigação de cura, ou seja, do resultado, é formular exigência além de qualquer possibilidade humana. Se pudesse, o médico “curaria” a própria morte, que ele não consegue vencer sempre. É inexigível do profissional um resultado que ele não pode governar. Daí dizer-se que a obrigação do médico é de meios, não de resultados. (FORSTER, Nestor. Erro médico. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002, p. 70)

10 METODOLOGIA

A elaboração do presente trabalho realizou-se por meio de pesquisa exploratória, sobretudo através de levantamento bibliográfico, com o objetivo precípuo de trazer familiaridade com o objeto do estudo, permitindo a construção de hipóteses. Por se tratar de um tema não aferível por métodos quantitativos, a abordagem teve como base a pesquisa qualitativa, com foco na interpretação do objeto e no contexto do objeto pesquisado.

Inicialmente, foi realizada ampla revisão bibliográfica, com a leitura de artigos, periódicos, livros e revistas, com o intuito de reunir as principais posições doutrinárias acerca do objeto de estudo. Ato contínuo, discutiu-se o conteúdo encontrado, à luz da legislação vigente e da jurisprudência firmada. Por fim, foram levantadas hipóteses conclusivas acerca do problema.

O método de abordagem aplicado foi o indutivo, dado que da análise de uma situação singular, tentar-se-á chegar a uma conclusão geral. Eis uma clara definição acerca do tema:

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.

Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 86):

Foi aplicado ainda, o método de procedimento analítico-descritivo, com a observação e avaliação de informações disponíveis e sua aplicação na tentativa de explicar determinado fenômeno.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1979, Tom Beauchamp e James Childres propuseram quatro princípios basilares que deveriam nortear a conduta médica: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça (FILHO, 2017). Tais princípios, em verdade, já eram contemplados há mais de dois mil anos pelo juramento de Hipócrates, cujo aforismo *primum non nocere* (“antes de tudo, não fazer mal”) traduz a regra fundamental da prática médica.

É dever, portanto, do profissional agir com preparo técnico e correção moral, a fim de honrar o compromisso ao qual se propôs quando de sua formação, e satisfazer aos anseios e necessidades da sociedade. Certo é que se espera de um profissional médico uma conduta não só tecnicamente adequada, mas moralmente aplicável.

Dessa forma, em um primeiro momento, parece condenável que um médico deliberadamente destine seus cuidados a um paciente, enquanto outro igualmente doente não tenha atendidas as suas necessidades. E de fato seria, não fosse considerada a situação de completa calamidade que compõe o plano de fundo dessa decisão: um cenário de escassez de leitos hospitalares, recursos materiais e profissionais capacitados.

Destarte, não se trata, a rigor, de uma escolha, mas de uma imposição circunstancial. O resultado de uma matemática perversa, consequente a anos de política pública ignominiosa, associada a uma pandemia devastadora.

Não bastasse a condenação moral a que se sujeita o médico em tal circunstância, ainda estaria ele à mercê de uma condenação judicial, sob o argumento, por exemplo, de que agiu com negligência ou concorreu para o crime de homicídio. O tema foi objeto de pesquisa publicada pelo Conselho Regional de Medicina, que, em abril de 2021, revelou que 96% dos médicos tiveram suas vidas

afetadas pela pandemia de COVID-19, muitos deles apontando o temor de processos judiciais (GANDRA, 2021). Houve inclusive a iniciativa de parlamentares, com a proposição, por exemplo, do projeto de Lei 2.697/20, com o objetivo de isentar de responsabilidade o médico que, no exercício de seu trabalho, necessitar tomar decisões custosas em razão da pandemia.

Mas, a verdade é que o próprio Código Penal brasileiro já traz em seu texto hipóteses que, perfeitamente aplicáveis à situação aqui em discussão, isentam o profissional médico de responsabilidade criminal quando da “escolha de Sofia”.

Conforme debatido ao longo deste trabalho, não estão presentes, na referida situação, os elementos básicos para caracterizar conduta criminosa por parte do médico. Embora, de fato, exista a possibilidade de se amoldar o tipo penal de homicídio, por exemplo, não se vislumbra a necessária ilicitude componente da teoria tripartite, porquanto esta sofre os efeitos do excludente estado de necessidade. Ou, como parte da doutrina alega, do estrito cumprimento do dever legal.

Tampouco se pode afirmar a culpabilidade do médico, afinal, conforme discutido mais acima, como se exigir conduta diversa por parte do profissional, se a ele não é dada outra opção? Não se pode considerar razoável transferir a culpa pela precariedade dos hospitais e serviços públicos para os profissionais que atuam em sua ponta.

Resta aos profissionais médicos, portanto, agir conforme os preceitos éticos e técnicos estabelecidos, entregando os resultados que, nas atuais circunstâncias, sejam-lhe possíveis. E na expectativa de que a pandemia em curso finalmente seja superada.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA – AMB. Protocolo para triagem de pacientes em UTIs. **AMB**. São Paulo, 16 dez. 2020. Disponível em <<https://amb.org.br/wp-content/uploads/2021/04/protocolo-triagem-pacientes.pdf>> Acesso em 01 jun. 2021.

BERMÚDES, Ana Carla. 64,4% dos brasileiros vivem em famílias em que ninguém tem plano de saúde. **Uol**, São Paulo, 25 nov. 2020. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/11/25/644-dos-brasileiros-vivem-em-familias-em-que-ninguem-tem-plano-de-saude.htm>>. Acesso em 15 abr. 2021.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. v.1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIDDISON, E. L. D. *et al.* Too Many Patients...A Framework to Guide Statewide Allocation of Scarce Mechanical Ventilation During Disasters. **Chest Journal**. United States, 11 out. 2018. Disponível em < [https://journal.chestnet.org/article/S0012-3692\(18\)32565-0/fulltext#articleInformation](https://journal.chestnet.org/article/S0012-3692(18)32565-0/fulltext#articleInformation)> Acesso em 20 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Decreto-Lei 3.914 de 09 de dezembro de 1941. **Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm> Acesso em 25 maio 2021.

_____. Decreto-Lei 2.848. 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> . Acesso em 25 maio 2021

_____. Ministério da Saúde. Covid-19 no Brasil. **Sus Analítico**. Disponível em https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em 02 maio 2021.

_____. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. **Gov.br**. Brasília, 24 nov. 2020. Disponível em < <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z-1/s/sistema-unico-de-saude-sus-estrutura-principios-e-como-funciona>> . Acesso em: 30 mar. 2021

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70060282100-RS. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 27/11/2014, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2014.

CADASTRO NACIONAL DE ESTABELECIMENTO DE SAÚDE – CNES. Consulta estabelecimento 2019. **CNES**. Disponível em < <http://cnes.datasus.gov.br/pages/consultas.jsp>>. Acesso em 15 abr. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP. Princípios bioéticos. **Publicações CREMESP**. Disponível em <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=53>>. Acesso em 01 jun 2021.

FILHO. Carlindo de Souza Machado e Silva. Os princípios bioéticos. **Residência Pediátrica**. Rio de Janeiro. v. 7. p. 39-41, Julho, 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 15 ed. Editora Forense, 2010.

GANDRA, Alana. Pandemia aumentou estresse em profissionais de saúde. Agência Brasil. Rio de Janeiro, 07 abr. 2021. Disponível em < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-04/pandemia-aumentou-estresse-em-profissionais-de-saude-afirma-pesquisa>>. Acesso em 30 abr. 2021

GARCIA, Diego. Pobreza extrema afeta 13,7 milhões brasileiros, diz IBGE. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 nov. 2020. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/pobreza-extrema-afeta-137-milhoes-brasileiros-diz-ibge.shtml>>. Acesso em 10 abr. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p.411.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE estima população do país em 211,8 milhões de habitantes. **Censo 2021**. Rio de Janeiro, 27 ago. 2020. Disponível em: < <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/28676-ibge-estima-populacao-do-pais-em-211-8-milhoes-de-habitantes.html>>. Acesso em: 30 maio 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. — 10. ed. — Método, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008 p.110

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63.

NASCIMENTO, Guilherme Cruz do. Conceito de culpabilidade. **Jusbrasil**. 29 ago. 2018. Disponível em <<https://guilhermecnascimento.jusbrasil.com.br/artigos/618999506/conceito-de-culpabilidade>>. Acesso em 01 maio 2021.

NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda. Aspectos relevantes da culpabilidade. **Âmbito Jurídico**, 01 maio 2013. Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/>

cadernos/direito-penal/aspectos-relevantes-da-culpabilidade/> . Acesso em 25 abr. 2021

Nucci, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PITTA, Iuri. Em um ano de pandemia, Brasil abre 1 leito de UTI Covid para cada 10 mil pessoas. **CNN Brasil**. São Paulo, 04 de mar. 2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/04/em-um-ano-de-pandemia-brasil-abre-1-leito-de-uti-covid-para-cada-10-mil-pessoas>>. Acesso em 30 maio 2021.

SANTOS, Jovenniu Leite. O estado de necessidade no Direito Penal Brasileiro. **Jus.com**, 08 ago. 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/59535/o-estado-de-necessidade-no-direito-penal-brasileiro>> Acesso em 01 maio 2021.

STYRON, Willian. **A escolha de sofia**. 1. ed. São Paulo: Geração editorial, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80.