

A COLISÃO DE DEVERES EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19): QUAIS CRITÉRIOS OS MÉDICOS DEVEM SEGUIR?

*THE COLLISION OF DUTIES IN PANDEMIC TIMES
(COVID-19): WHAT CRITERIA DO PHYSICIANS
HAVE TO FOLLOW?*

Leonardo Siqueira¹

Faculdade Damas da Instrução Cristã

Renato Kramer²

Universidade de Berlim

Resumo: Com o surgimento da pandemia, mais especificamente da Covid-19, a comunidade científica deparou-se com situações relevantes, culminando no que se convencionou chamar de colisão de deveres. Essa temática ganhou relevância, sobretudo, no Brasil, onde a carência de respiradores artificiais é considerável em relação a países desenvolvidos, e o médico precisa, em poucos segundos, decidir entre este ou aquele paciente. Nesse sentido, o objetivo primordial do trabalho é resolver casos práticos a partir dos critérios objetivos desenvolvidos pela doutrina, possibilitando que os profissionais de saúde possam tomar, em casos semelhantes, a decisão mais justa no caso concreto. Assim, na primeira seção, será abordada a natureza jurídica da colisão de deveres; em seguida, faremos um breve estudo sobre a definição de colisão de deveres; posteriormente desenvolveremos os critérios para a hierarquização dos deveres; e, por fim, resolveremos os casos concretos apresentados na introdução, baseando-nos nos critérios escolhidos. A bibliografia empregada será, preponderantemente, a alemã, pois é onde se desenvolve com maior intensidade a literatura acerca da temática.

Palavras-chave: pandemia; Covid-19; colisão de deveres; critérios objetivos

¹ Doutor em Direito (UFPE). Professor (Faculdade Damas). Advogado. Orcid: orcid.org/0000-0002-6631-4665. E-mail: leonardohsg@hotmail.com.

² Mestre (Faculdade Damas/PE e Humboldt-Uni/Berlim) e doutorando em Direito Penal (Humboldt-Uni/Berlim). Advogado. Orcid: orcid.org/0000-0002-7361-368X. E-mail: renato_kramer@hotmail.com. Professor da pós-graduação *lato sensu* (Faculdade Damas).

Abstract: *With the emergence of the pandemic, more specifically of Covid-19, the scientific community was faced with relevant situations, culminating in what was conventionally called a collision of duties. This theme gained relevance, especially in Brazil, where the lack of artificial respirators is considerable in relation to developed countries, and the doctor needs, in a few seconds, to decide between this or that patient. In this context, the main objective of the work is to solve practical cases based on the objective standards developed by the doctrine, enabling health professionals to make, in similar cases, the fairest decision in the specific case. Therefore, in the first section, the legal nature of the collision of duties will be addressed; then, we will make a brief study on the definition of the collision of duties; then, we will develop the standards for the hierarchization of duties; and, finally, we will solve the concrete cases presented in the introduction, based on the chosen standards. The literature used will be mainly German, as this is where the literature on the subject is most intensively developed.*

Keywords: *pandemic; Covid-19; collision of duties; objective standards*

Sumário: Introdução; 1. Natureza jurídica da colisão de deveres; 2. Definição de colisão de deveres; 3. Critérios de aplicação; 3.1. Bens jurídicos em colisão; 3.2. Valoração do perigo; 3.3. A questão da autorresponsabilidade da vítima; 4. Resolução dos casos; Conclusão; Bibliografia

Introdução

Com o surgimento da pandemia, mais especificamente da Covid-19 (*coronavirus disease 2019*), os profissionais de saúde se depararam com a seguinte situação: não raras vezes os recursos médico-hospitalares, tais como respiradores artificiais, são insuficientes - na verdade, ante a explosão demográfica na qual vivemos a deficiência de recursos médicos apenas se tornou evidente - e nos coloca a seguinte situação: quem deve ter a prioridade? Em outras palavras, quais critérios seguir caso haja uma colisão de deveres no contexto da Covid-19? Trata-se, portanto, de uma verdadeira aporia permeada de aspectos éticos e jurídicos.³

³ Brech, *Triage und Recht*, 2008, p. 15.

Embora já discutido na literatura estrangeira, a colisão deveres é ainda um assunto incipiente no Brasil, havendo poucos escritos a respeito. Com o surgimento da Covid-19 na China o debate se tornou prioridade e os juristas, sobretudo na Alemanha, incumbidos de desenvolverem critérios racionais para a distribuição de recursos médicos. Nesse sentido, trabalhamos com a hipótese que é possível estabelecer uma hierarquização dos deveres a partir de critérios objetivos, estes desenvolvidos especialmente pela doutrina alemã.

O objetivo geral do trabalho é examinar casos concretos a partir dos critérios estabelecidos para a hierarquização dos deveres e, portanto, racionalizar a importante e difícil escolha dos profissionais de saúde. Assim, seguindo as balizas jurídicas, a ação do médico, por exemplo, estaria abarcada por uma causa supralegal de exclusão da ilicitude, inclusive com repercussão nas outras esferas do direito.

O primeiro objetivo específico do artigo é estudar a colisão de deveres, mormente quanto à sua definição e natureza jurídica. Sem dúvida alguma, principalmente tendo em vista a escassez de literatura brasileira sobre o assunto, estabelecer os contornos do instituto se demonstra premente. O segundo e não menos importante objetivo específico é analisar e desenvolver critérios objetivos com a finalidade de hierarquizar deveres. Neste ponto, critérios como a probabilidade e extensão do perigo e a maior probabilidade de salvamento seriam decisivos para a decisão do profissional de saúde.

Como a proposta do artigo é estabelecer critérios seguros para racionalizar a prestação de serviços médicos, não se poderia prescindir de trabalhar com casos concretos. Nesse sentido, o presente artigo pretende resolver os seguintes casos concretos⁴:

⁴ Todos os casos aqui narrados foram inspirados no artigo de MINORELLI, Lucas; CAETANO, Matheus Almeida. *Vida contra Vida e Colisão de Deveres no Contexto de Covid-19: o Que os Médicos Precisam Saber*, RDP, Brasília, Volume 17, n. 94(no prelo).

Caso 1: Caio e Tício, dois adultos de mesma faixa etária e sem maiores problemas de saúde, estão com sintomas de COVID-19. Ambos chegam concomitantemente à emergência de um hospital. Após os testes e exames médicos, conclui-se que ambos estão contaminados e necessitam de respiradores artificiais, sendo que há apenas um aparelho disponível.

Caso 2: Caio e Tício, dois adultos de mesma faixa etária e sem maiores problemas de saúde, chegam à emergência com sintomas de COVID-19. Sabe-se que Caio desrespeitou as regras normatizadas de isolamento social, pois não utilizava máscara ao sair de casa. Tício, por outro lado, sempre respeitou as regras, sendo contaminado pela filha, que, sem ele saber, transgredia as ditas regras.

Caso 3: Tício, idoso e com comorbidades, chega simultaneamente ao hospital com Mévio, adulto e sem comorbidades. Ambos são diagnosticados com COVID-19. Sabe-se que aquele tem poucas chances de recuperação enquanto este significativas chances de recuperação. Neste momento só há um respirador artificial disponível.

Caso 4: Tício, adulto e sem comorbidades, encontra-se conectado a um respirador artificial, momento em que chega à emergência, Mévio, criança e sem comorbidades, ambos diagnosticados com COVID-19. Mévio é filho do único médico de plantão e, ao avistar o seu filho em estado grave em razão do vírus, retira o respirador de Tício, colocando-o em Mévio. Tício morre.

Caso 5: Tício, idoso e sem comorbidades, encontra-se conectado ao respirador artificial. Em seguida, chega ao hospital, Joana, grávida de 7 meses, necessitando do único respirador artificial, que está conectado a Tício. Ambos estão com COVID-19. Joana reivindica o uso do único respirador, sob o argumento de haver junto a ela duas vidas em jogo: a dela e a do feto.

O presente artigo está estruturado em 4 seções: inicialmente falar-se-á sobre a natureza jurídica da colisão de deveres(1); em seguida sobre a definição de colisão de deveres(2); posteriormente sobre os critérios fundamentais para a hierarquização dos deveres(3); e, por fim, a resolução dos casos aqui narrados(4).

Nesse sentido, o artigo adota o método hipotético-dedutivo - nos moldes estabelecidos por Karl Popper - pois, ante a complexidade do assunto - observação - formulou-se problemas e hipóteses à procura de soluções. Nesse sentido, passaremos a deduzir as consequências ligadas às hipóteses outrora estabelecidas, com a finalidade de testá-las e falseá-las. Assim, após colocarmos as hipóteses à prova, poderemos dar uma resposta fundamentada ao problema formulado a partir de critérios metodológicos bem definidos.

1. Natureza jurídica da colisão de deveres

A doutrina majoritária, sobretudo na Alemanha, compreende a colisão de deveres como uma causa geral de exclusão da ilicitude, no sentido de cumprir um dever de maior valor em detrimento daquele de menor valor.⁵ Pelo fato de a colisão de deveres possuir o mesmo fundamento do estado de necessidade justificante, a doutrina não se esforça muito em apresentar o seu fundamento, há quem diga, inclusive, que a colisão de deveres seria apenas uma derivação do estado de necessidade justificante, posicionamento com o qual não compartilhamos⁶. Assim, podemos afirmar que a colisão de deveres se fundamenta no princípio da solidariedade⁷ e, conseqüentemente, no dever proveniente da própria estrutura do Estado, pois, como este não

⁵ LECKNER, Der rechtfertigende Notstand, 1965, p. 27; WALTER, Der Kern des Strafrechts, 2006, p. 144; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, p. 331 ss.

⁶ Mais a seguir, quando da definição da colisão de deveres, faremos a sua distinção em contraposição ao estado de necessidade justificante.

⁷ Coca Vila, La colisión de deberes en derecho penal, p. 229. É importante destacar que o autor adota também o princípio da autonomia como fundamento último da colisão de deveres. É interessante notar que a ideia do autor perpassa o difícil processo de legitimação das normas penais, pois a colisão de deveres é um conflito que precisa ser decidido dentro desse processo maior de legitimidade do próprio direito penal. É dessa forma que os princípios fundamentais do direito penal - na visão de COCA VILA - são também os fundamentos da colisão de deveres.

pode dar assistência ao necessitado, outorga-se a obrigação ao cidadão comum⁸.

Diferentemente das demais causas gerais de exclusão da ilicitude - estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, estado de necessidade e legítima defesa -, a colisão deveres não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual ela é vista como uma causa suprallegal de exclusão da ilicitude.⁹ Segundo Satzger¹⁰, não há nenhum óbice para tal enquadramento, isso porque, o Direito Penal não reconhece *numerus clausus* para as causas gerais de justificação, não havendo que se falar, portanto, em um sistema fechado de justificação.

2. Definição de colisão de deveres

Entende-se por colisão deveres quando subsistir dois deveres de ação diversos, dos quais apenas um é realizável¹¹, ou seja, o destinatário da norma, para satisfazer um dos deveres, tem que necessariamente lesionar o outro dever.¹² Caso clássico é aquele em que o pai avista os seus dois filhos afogarem-se em uma piscina, momento em que ele deve decidir pelo salvamento de um deles.¹³ Yamanaka afirma que para a diferenciação entre o estado de necessidade e a colisão de deveres, faz-se necessário que o agente se veja confrontado por um perigo (estado de necessidade) ou por vários deles (colisão de deveres).¹⁴ Nesse sentido,

⁸ Minorelli, Comportamento omissivo e colisão de deveres em direito penal, p. 64.

⁹ Veja-se por todos Roxin/Greco, Strafrecht, AT I, p. 889.

¹⁰ Satzger, Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Grundstudium, p. 753.

¹¹ Cf. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 21 Nota 95; Neumann, FS- Roxin, 2001, p. 428; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Nota 1212 ss.

¹² Ebner, SVR 2006, p. 202.

¹³ Roxin/Greco, Strafrecht, AT I, p. 889.

¹⁴ Yamanaka, 2012, 119 ss. É importante ressaltar que se um dos vários perigos afetarem o próprio agente, não se fala em colisão de deveres, apenas em estado de necessidade justificante ou exculpante. A colisão de deveres é sempre dois ou mais deveres para com os bens jurídicos de terceiros, nunca próprio.

torna-se evidente a diferença entre os dois institutos, tomando como base o seguinte ponto de vista: na colisão de deveres trata-se de chances de salvamento, enquanto que no estado de necessidade trata-se de intervenção em si na posição jurídica assegurada.¹⁵

Complementando, Coca Villa afirma que a colisão de deveres é aquela situação na qual, em um mesmo sujeito, recaem dois ou mais deveres jurídicos, um dos quais tem natureza penal, sendo que, em razão das circunstâncias fáticas, ambos deveres apresentam uma relação de exclusão mútua que torna impraticável o seu cumprimento cumulativo¹⁶, devendo sê-lo, ao revés, alternativo.¹⁷ Evidentemente que o dever jurídico tem que ser humanamente possível, caso contrário, a exigência a tal situação seria uma mera arbitrariedade.¹⁸ Além de o dever não poder ser cumulativo, não pode ser ele também concorrente, pois, neste caso, o agente deve agir para salvaguardar ambos os bens, dada a possibilidade segura de fazê-lo. Exemplo: se o pai, no exemplo anterior, puder salvar ambos os filhos, ao invés de apenas um, ele deverá fazê-lo, caso contrário, responderá pelo resultado.

3. Critérios de aplicação

3.1. Bens jurídicos em colisão

O primeiro critério é o de bens jurídicos. Isso significa aplicar um critério baseado na valoração de determinados bens para o caso concreto, é dizer, há bens que devem ter um valor maior que o outro. Como se daria, então, a hierarquia entre os mais diversos bens jurídicos? Há quem defenda que a pena prevista em abstrato deve ser um dos critérios para a classificação¹⁹, todavia o critério precisa ser utilizado com cuidado, pois não há no campo legislativo uma evidente preocupação com a

¹⁵ Neumann, FS Yamanaka, 2017, 174 ss.

¹⁶ Coca Villa, La colisión de deberes en derecho penal, p. 28.

¹⁷ Cf. Matt/Renzikowski, vor § 32, Nota 29.

¹⁸ Hilgendorf/Kudlich, Handbuch des Strafrechts, 2019 p. 634.

¹⁹ Coca Villa, La colisión de deberes en derecho penal, p. 333.

proporcionalidade entre os delitos e as penas²⁰. Nesse caminho, o critério da moldura penal pode levar a incongruências como, por exemplo, ponderar que a fé pública teria um valor maior em comparação à vida do feto.

Sem dúvida alguma o critério da pena é um indicativo - indício - da importância, em termos hierárquicos, dos bens jurídicos. Porém não é o único, até mesmo porque quando comparamos entre si os mais diversos crimes e as suas respectivas penas, percebemos as dificuldades em valorar²¹. Por outro lado, a própria valoração - nesse caso, entenda-se a como o máximo de pena prevista em abstrato - estaria suscetível às mudanças conjunturais e nem sempre dogmaticamente fundamentadas.

Assim, é imprescindível outro critério que permita uma melhor e mais objetiva classificação dos bens jurídicos. Entendemos que este se relaciona intimamente com os direitos fundamentais e as suas dimensões. Isso significa que, por se referir ao indivíduo e funcionar como limite ao Estado, a primeira dimensão de direitos fundamentais - mormente vida, liberdade e propriedade - tem prevalência sobre as demais, mesmo que a pena estabelecida indique o contrário, pois os bens jurídicos decorrentes da primeira dimensão de direitos fundamentais são individuais e com caráter negativo por demandarem diretamente uma abstenção do Estado, de forma que não há dúvidas quanto à hierarquia desses bens jurídicos quando comparados com todos os demais que decorrem das demais dimensões de direitos fundamentais.

Uma última questão se refere à vida. Não há dúvidas que este é o bem jurídico mais importante, mas poderíamos falar em diferenças no plano quantitativo? Se, por exemplo, o médico só possui equipamento hospitalar para salvar ou um paciente grave que acabou de chegar ou uma gestante na mesma condição que deu entrada na emergência na mesma hora, pode o médico decidir salvar o paciente e deixar a gestante morrer? Como valor, a vida humana é absoluta e, nesse aspecto, não há dúvidas

²⁰ Minorelli, Comportamento omissivo e colisão de deveres em direito penal, p. 76.

²¹ Scheid, Grund- und Grenzfragen der Pflichtkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, p. 30 - 31.

que é uma decorrência básica do princípio da imponderabilidade da vida humana a proibição de soma, ou seja, duas vidas não valem mais do que uma vida só. Porém a proibição da soma, bem como o próprio princípio da imponderabilidade, tem o seu campo de atuação delimitado e limitado. Por um lado, temos a possibilidade de legítima defesa - com desfecho fatal - contra o agente que age em estado de necessidade exculpante, ou seja, temos aqui uma vida humana inocente²², o que nos permite concluir que o próprio princípio da imponderabilidade da vida humana não é absoluto. Nesse sentido, defendemos que o destinatário das normas, em um caso de colisão de deveres, deve decidir salvar o maior número de vidas possíveis.

3.2. Valoração do perigo

O primeiro critério para valorar o perigo e, conseqüentemente, hierarquizá-los está na urgência dos deveres que se colocam ante o agente que precisa decidir. A Constituição Federal estabelece o princípio da igualdade perante a lei como fundamento para a concretização da ideia da saúde como um direito de todos e dever do Estado, então o exame da probabilidade de ocorrência e intensidade do perigo ou dano à saúde dos agentes devem ser valorados pelo agente na escolha por um dos deveres²³.

Algumas questões práticas podem ser deduzidas deste critério. Se um dos perigos é considerado de baixa probabilidade de concretização (dano concreto e efetivo) em relação ao perigo de alta probabilidade, então deve o agente priorizar o dever decorrente do perigo com a maior probabilidade. Por outro lado, ante dois perigos de alta probabilidade, é imprescindível examinar outro importante critério na valoração do perigo,

²² O princípio proibiria em todos os casos a aplicação das causas de justificação da conduta homicida de uma vida inocente. Cf. Köhler, *Strafrecht AT*, p. 296; Küper, *Grundund Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, p. 39;

²³ Katzenmeier, *Kriterien der Priorisierung medizinischer Leistungen - Maßgaben des Rechts*, p. 4-5.

quer dizer, a probabilidade do dever ser efetivamente cumprido. No caso de perigos com alta probabilidade, o agente deve priorizar o dever com a maior probabilidade de adimplemento. Contudo, uma última questão permanece ainda duvidosa: duas pessoas - ambas precisando de tratamento intensivo - chegam ao mesmo tempo ao hospital que só possui uma única vaga na UTI. A primeira necessita de intervenções de suporte à vida, mas com baixa probabilidade de recuperação; a segunda necessita de monitoração intensiva, pelo alto risco de precisar de intervenção imediata e não tem qualquer limite de suporte terapêutico, ou seja, há no segundo caso uma maior probabilidade de sucesso na satisfação do dever, apesar de uma menor urgência no tratamento do perigo em relação ao primeiro caso.

No Brasil, acreditamos que a resposta já foi normatizada pelo Conselho Federal de Medicina por meio da resolução n. 2156/16, que estabelece no seu artigo 6º a prioridade de admissão na unidade de tratamento intensivo²⁴. O referido artigo valora o perigo dentro dos moldes aqui narrados e, por este motivo, acreditamos que a normatização deve valer para todos os casos de colisão de deveres, não apenas quanto a prioridade na internação na unidade de terapia intensiva. A interpretação

²⁴ Art. 6º: A priorização de admissão na unidade de tratamento intensivo (UTI) deve respeitar os seguintes critérios: § 1º Prioridade 1: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico. § 2º Prioridade 2: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico. § 3º Prioridade 3: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica. § 4º Prioridade 4: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica. § 5º Prioridade 5: Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando as peculiaridades do caso e condicionado ao critério do médico intensivista.

do artigo 9º²⁵ da resolução do conselho federal de medicina nos permite concluir que a decisão no caso de colisão de deveres deve seguir os critérios de valoração do perigo - sem discriminação de qualquer natureza - e que a adoção de outros critérios - como, por exemplo, nacionalidade e sexo - levaria ao descumprimento para com o dever preterido por esses fatores.

Por outro lado, mesmo com a normatização do conselho federal de medicina, é possível encontrar lacunas na resolução que se materializam em possíveis casos reais. Registre-se, por exemplo, o seguinte caso: o médico se depara com dois pacientes, o primeiro, em estado mais grave, precisa de uma cirurgia de emergência e o outro paciente, em um estado clínico estável, também necessita do mesmo procedimento cirúrgico. A questão que se coloca ao médico é que, apesar da alta probabilidade de sucesso na cirurgia em si, muito provavelmente o paciente mais grave morrerá inevitavelmente pouco tempo depois da bem sucedida cirurgia. Já o paciente mais estável tem um prognóstico diferente e com muito mais chances de uma vida longa após o procedimento. É possível então escolher aqui com base nesse critério o paciente menos grave? Sem dúvida alguma a resposta só pode ser negativa. A vida humana tem o mesmo valor independentemente do tempo - ou o que ainda resta - de vida²⁶ ou mesmo da qualidade que essa vida terá no futuro.

3.3. A questão da autorresponsabilidade da vítima

Registre-se prontamente que estamos ante um dos critérios mais controvertidos quando falamos sobre a colisão de deveres. Na verdade, apenas minoritariamente adota-se o requisito. Se partirmos do

²⁵ Art. 9º As decisões sobre admissão e alta em unidade de tratamento intensivo (UTI) devem ser feitas de forma explícita, sem discriminação por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política, deficiência, ou quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶ Scheid, Grund- und Grenzfragen der Pflichtkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, p. 81.

pressuposto²⁷ que a ação ou omissão anterior da vítima tem relevância e deve ser considerada na prestação de serviços médicos, podemos concluir que o ponto central da discussão incide diretamente sobre o seguinte aspecto: em que medida a conduta da vítima contribuiu para a situação de perigo na qual ela atualmente se encontra²⁸ Ou seja, temos um caso no qual a vítima se colocou responsabilmente em uma situação de perigo e, em decorrência deste, acaba, por exemplo, precisando de serviços médicos em caráter emergencial. Continuando o exemplo fictício, se, no mesmo momento, por outro lado, chega por exemplo uma vítima inocente - quer dizer, não deu causa ao ocorrido - de um acidente automobilístico com as mesmas necessidades médicas da primeira vítima e o médico só pode operar um dos dois. É possível defender que o médico deve salvar a vítima inocente se valendo exatamente do argumento que a primeira vítima criou para si a situação de perigo? Segundo Scheid²⁹, apenas se risco originar-se de um ilícito prévio - uso de bebida alcoólica e direção, por exemplo - poderíamos falar que essa circunstância seria um importante fator de ponderação no caso de conflito de deveres. De forma contrária, caso o agente chegue no hospital devido a um episódio de coma alcoólico face o alto consumo, em sua casa, de cerveja, o critério da autorresponsabilidade não poderia ser utilizado, uma vez que o consumo de álcool na sua própria residência não constitui em si qualquer ato ilícito.

²⁷ O fundamento aqui se baseia no princípio liberal da responsabilidade, o que nos leva a concluir que o indivíduo deve suportar as consequências e os riscos inerentes à sua decisão. Na verdade, e por isso estamos falando em um princípio liberal, a própria liberdade individual se expressa no ato do agente em assumir a responsabilidade pelo seu comportamento anterior.

²⁸ Schwetmann, Wird alles, was Spaß macht, besteuert? Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung von Eigenverantwortung bei der medizinischen Versorgung am Beispiel von Übergewicht und Fettleibigkeit, p. 179.

²⁹ Scheid, Grund- und Grenzfragen der Pflichtkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, p. 89.

4. Resolução dos casos

Caso 1: Nesse primeiro caso, os pacientes chegaram ao mesmo tempo na emergência e precisam de respiradores, apesar do hospital possuir apenas um respirador disponível. Partindo dos requisitos analisados não é possível definir *a posteriori* como deveria se comportar o destinatário dos deveres no caso pretérito - uma vez que há uma evidente equivalência no exame dos referidos critérios. Nesse sentido, o médico tem aqui a liberdade para escolher qual dos pacientes ele deve salvar.

Caso 2: Aqui, diferentemente do exemplo anterior, um dos pacientes se colocou responsabilmente em uma situação de perigo que se originou de um prévio ato ilícito - desrespeito às normas que exigiam o uso de máscara em ambiente público. Nesse caso, entendemos que o médico deve salvar a vida do paciente que se manteve dentro das regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Assim, a conduta do médico é valorada como lícita e justificada.

Caso 3: No presente caso, devemos focar a nossa análise na valoração do perigo. Percebemos que ambos precisam de respiradores, mas o hospital só possui um. Como os dois pacientes precisam urgentemente do aparelho, é preciso se indagar qual a perspectiva de sucesso no tratamento deles. Como o primeiro paciente é idoso e possui comorbidades, deve o destinatário dos deveres disponibilizar ao paciente mais novo e sem comorbidades o respirador artificial.

Caso 4: Neste caso, não podemos falar em colisão de deveres tendo em vista que o filho dele chegou posteriormente ao paciente que já fazia uso do respirador. Não há qualquer critério que permita justificar a conduta ilícita praticada pelo médico/pai. Porém, apesar de ilícita, a conduta do pai não é considerada delituosa, pois ele agiu sob o manto do estado de necessidade exculpante, já que não se pode exigir de um pai um comportamento diferente do concretamente realizado.

Caso 5: O caso supostamente é resolvido pelo critério do bem jurídico, e assim o seria se os pacientes tivessem chegado simultaneamente ao hospital, pois, nessa hipótese, o médico deve salvar o maior número de vidas. Ressalte-se que a vida humana, como valor

absoluto e, conseqüentemente, um fim em si mesmo, não pode ser hierarquizada por critérios qualitativos ou quantitativos. Por outro lado, quando defendemos que o médico deve salvar o maior número de vidas, não o fazemos com base em um relativismo axiológico. Todas as vidas em jogo são dignas de serem igualmente salvas e plenamente vividas. A questão que se coloca é puramente de ordem prática, e, nesse espeque, defendemos o posicionamento que o médico deve salvar a gestante por se tratar de duas vidas. Porém, o caso narrado não ocorreu exatamente dessa forma, pois a gestante chegou posteriormente ao primeiro paciente e este já estava com o respirador. Nesta hipótese não há qualquer possibilidade de se justificar a conduta do médico que concede o respirador à gestante em detrimento do primeiro paciente.

Referências Bibliográficas

- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 12. Aufl. Bielefeld: Gieseking, 2016.
- BRECH, Alexander. *Triage und Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- EBNER, Markus. Die rechtfertigende Pflichtenkollision im Verkehrsstrafund -ordnungswidrigkeitenrecht. *SVR 6*, p. 201-207, 2006.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. Köln: Heymann, 1983.
- HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans. *Handbuch des Strafrechts*. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.
- Katzenmeier, Christian Kriterien der Priorisierung medizinischer Leistungen - Maßgaben des Rechts. in: Björn, Schmitz-Luhn; André Bohmeier (Hrsg.). *Priorisierung in der Medizin: Kriterien im Dialog*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2013, p. 1 - 8.
- LECKNER, Theodor. *Der rechtfertigende Notstand*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1965.

MATT, Holger; RENZIKOWSKI. Kommentar zum StGB. München: Vahlen, 2013.

MINORELLI, Lucas. Comportamento omissivo e colisão de deveres em direito penal. *Diss./PUC-RS*, Rio Grande do Sul, 2016.

NEUMANN, Ulfrid. Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteresse - Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“. in: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001, 421-440.

NEUMANN, Ulfrid. Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision“. in: JOERDEN, Jan C.; SCHMOLLER, Kurt (Hrsg.). *Festschrift für Yamanaka*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017, p. 171-184

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl. München: C.H. BECK, v.1, 2020.

SATZGER, Helmut. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. *Grundstudium*, 753-757, 2010.

SCHEID, Georg Maria. *Grund- und Grenzfragen der Pflichtkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*. Essen: Shaker Verlag, 1999.

SCHWETTMANN, Lars. Wird alles, was Spaß macht, besteuert? Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung von Eigenverantwortung bei der medizinischen Versorgung am Beispiel von Übergewicht und Fettleibigkeit. in: Björn, Schmitz-Luhn; André Bohmeier (Hrsg.). *Priorisierung in der Medizin: Kriterien im Dialog*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2013, p. 175 - 192.

VILLA, Coca. La colisión de deberes en derecho penal. *Tese de doutorado*, Barcelona, 2015.

WALTER, Tonio. *Der Kern des Strafrechts*. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2006.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 49. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

YAMANAKA, Keiichi. *Begriff und systematische Einordnung der Pflichtenkollision*. in: *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, p. 105-128, 2012.