

Carvalho e Aguiar: Responsabilidade na omissão de socorro

“Entendemos perfeitamente ao que estamos sendo expostos e vamos trabalhar todos os dias conscientes desse risco, mas queremos trabalhar com uma contrapartida de o hospital de garantir a nossa

(Janeiro).



1. A pandemia do novo coronavírus (Covid-19) trouxe ao

debate público inúmeras questões que exigem reflexão no campo da ciência do direito penal. Dentre os temas relevantes, os relativos aos direitos e deveres de profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares, administradores etc.) e de pacientes infectados, para além da dimensão ética do comportamento geral da sociedade durante o período e em situações de contágio. No caso particular de médicos e pacientes, diversas notícias apresentam cenários bastante delicados que começam a atingir o cotidiano do sistema de saúde e que, em efeito, suscitam questões relativas à responsabilidade jurídico-criminal.

Importante salientar que entendemos que a intervenção penal na área da saúde pública geralmente traz mais danos do que resultados positivos (p. ex., criminalização do aborto, consumo de drogas etc.), notadamente porque é ilusório o discurso da prevenção através da punição. Em geral, são as normas de caráter administrativo as mais adequadas para regular este tipo de relação, como a própria experiência da pandemia tem demonstrado. No entanto, o direito penal brasileiro apresenta uma série de hipóteses que espelha casos reais que vêm sendo noticiados e, por esse motivo, fundamental uma reflexão mais aprofundada (científica), imunizada das paixões próprias da esfera política.

Assim, pretendemos apresentar ao público não especialista, de forma bastante objetiva, mas seguindo critérios técnico-jurídicos, algumas situações problemáticas que envolvem a possibilidade de responsabilização criminal dos profissionais da saúde e dos pacientes sob os seus cuidados. O primeiro tema a ser enfrentado diz respeito aos limites da omissão de socorro punível de médicos e demais profissionais da saúde no atendimento às vítimas da Covid-19.



2. Em matéria publicada em 27/03/20, repórteres da BBC Brasil narraram o drama de médicos que se encontram na linha de frente no atendimento ao Coronavírus: “*estamos apavorados*”, é o título da reportagem. O pavor dizia respeito ao exponencial aumento do número de casos e, em consequência, do volume de pessoas que buscavam atendimento: “*(...) faltam equipamentos de proteção adequados, e o risco de serem infectados aumenta ainda mais o estresse e o medo em sua rotina diária.*”^[1]

Em algumas situações, médicos e enfermeiros estariam comprando equipamentos de proteção individual (EPI) por conta própria, em decorrência da falta de material ou porque o que está sendo disponibilizado nas unidades hospitalares seria inadequado para atender às necessidades do pronto-socorro e da terapia intensiva (UTI).

No caso da médica carioca, a situação chegou ao limite, pois apesar de ter comprado para uso pessoal uma máscara N95, em razão da ausência de material na unidade, “*foi proibida de usá-la, porque, nas palavras da diretoria do hospital, deixaria outros profissionais que não tinham como fazer o mesmo preocupados. ‘Disseram que iria gerar um motim (entre funcionários)’*”, diz Luciana.”^[2]

A questão que surge em relação aos deveres de médicos e dos demais profissionais da saúde diz respeito à possibilidade de não socorrer pessoas infectadas pelo novo coronavírus diante do risco de contaminação. A pergunta seria se, nesses casos em que o médico não dispõe de equipamento minimamente adequado, o não atendimento configuraria omissão de socorro, isto é, se haveria o dever jurídico de esses profissionais agirem mesmo em situações de risco real.

A omissão de socorro é um delito de periclitación da vida ou da saúde, que se caracteriza por uma inação (deixar de agir) materializada na colocação de alguém a uma situação de risco. Dentre os delitos de periclitación da vida e da saúde, encontramos, p. ex., o perigo de contágio venéreo, a exposição à moléstia grave, o risco à vida ou à saúde. Segundo o art. 135 do Código Penal, configura omissão de socorro “*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.*” A mera abstenção da ação de cuidado é suficiente para caracterização do delito, sendo a pena majorada (causa especial de aumento) nos casos em que a omissão resulta em lesão corporal de natureza grave ou morte. Diferente do delito do art. 269 — “*deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória*” —, p. ex., a omissão de socorro não é um crime próprio do médico, ou seja, a conduta pode ser praticada por qualquer pessoa, também pelos profissionais de saúde. Basta que alguém esteja no lugar e no momento em que alguém necessita de assistência.



Na omissão de socorro a vontade do sujeito ativo engloba apenas a situação de risco, ou seja, há a intenção de omitir-se e há a consciência do perigo derivado da inação. Distingue-se, portanto, de outros casos de ações realizadas por profissionais de saúde e que resultam dano, como, p. ex., o homicídio (ou lesão corporal) por omissão ou por negligência. Isso porque se o agente quiser (dolo) a morte ou a lesão, responderá pelos crimes do art. 121 (homicídio) ou do art. 129 (lesão corporal). No caso do homicídio por omissão, o profissional da saúde, na posição de garantidor (dever de agir decorrente do art. 13, § 2º, Código Penal) e em condições de atuar, deixa deliberadamente de exercer o ofício com a intensão de provocar a morte. Na hipótese da negligência (art. 121, § 3º, Código Penal), o médico, no exercício profissional, infringe um dever de cuidado objetivo, viola uma regra técnica que deveria observar e provoca um dano não desejado.

Os Tribunais têm reconhecido a omissão de socorro nas atividades que envolvem a área da saúde quando o profissional recusa o atendimento a pacientes em estado grave ou, tendo iniciado, deixa de prosseguir com o cuidado devido.^[3] A recusa ao atendimento, por si só, não configura o delito, pois é necessária a demonstração de que a pessoa a ser socorrida estava em situação de perigo real.

3. Os dados públicos acerca da *capacidade de expansão* e, sobretudo, da *letalidade* da Covid-19, permitem afirmar que há efetivamente uma situação de risco que exige cuidado médico-hospitalar quando *pacientes sintomáticos*, com *testagem positiva*, aportam nas unidades de pronto-atendimento (UPAs) e nos hospitais.

O cenário de análise, portanto, é o da configuração (ou não) do delito de omissão de socorro quando o médico, motivado pela ausência real de equipamento adequado de proteção, nega assistência ou recusa mantê-la a pacientes infectados pelo Coronavírus.

O art. 135 do Código Penal possui um elemento normativo que permite excluir a tipicidade do delito nos casos em que a conduta exigida cria risco ao omitente. O Código refere um dever de assistência “*quando possível fazê-lo sem risco pessoal*”, ou seja, o risco integra o tipo penal como uma elementar que, se presente na situação real, exclui o injusto. A indagação complementar seria: a possibilidade de os profissionais da saúde contraírem o vírus em decorrência da insuficiência de equipamentos de proteção individual (“EPI”) configuraria risco pessoal? A resposta parece ser, à evidência, positiva.

Diversas notícias dão conta do insustentável cenário em que se encontram as unidades de saúde, ambientes nos quais os profissionais estão diante de pacientes infectados em estado grave sem contar com condições e equipamentos minimamente adequados. A propósito, o próprio Código de Ética Médica estabelece, como direito do médico, “*recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais*” (Capítulo II, IV, Resolução 2.217, Conselho Federal de Medicina, 27/09/2018).

Assim, a falta de estrutura hospitalar e a ausência de materiais mínimos de proteção, como máscaras, luvas, óculos, aventais, capotes e demais, fundamentam a negativa de atendimento a pacientes infectados (ou até mesmo com suspeita de infecção) por Covid-19, sem que isso configure o crime de omissão de socorro.



4. No entanto, a questão fica mais delicada quando há fornecimento de material de proteção individual pela administração, mas o equipamento é menos eficaz para Covid-19, como, p. ex., máscaras sem filtro PFF2 (adequadas para conter a transmissão) que não impedem a dispersão de aerossóis.

O caso do Hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, é exemplar. Em reportagem publicada pelo O Globo, em 19/03/20, médicos do hospital do Méier, na Zona Norte do Rio de Janeiro, denunciavam estar trabalhando com máscaras convencionais, visto que as N95, recomendadas pelo Ministério da Saúde para o contato direto com pacientes infectados, não estavam sendo fornecidas pela Secretaria Municipal da Saúde.^[4] Em Mato Grosso, o Conselho Regional de Enfermagem (Coren) notificou três hospitais por disponibilização de máscaras inadequadas aos profissionais do atendimento ao novo Coronavírus. No Hospital de Acidentados Traumatologia e Ortopedia, Só Trauma, enfermeiros foram flagrados com máscaras do tipo TNT, contraindicadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para utilização no combate ao Coronavírus – *"o TNT só possui uma camada de tecido e, por isso, é inadequado ao uso dos profissionais, já que não barra nem filtra fluidos biológicos, o que expõe profissionais à contaminação."*^[5] A situação é comum em vários outros estados da federação.^[6]

Se é possível dizer que mesmo inadequadas, as máscaras TNT protegem o profissional de saúde de forma mais efetiva do que a ausência de qualquer EPI, igualmente é correto afirmar que mesmo o uso do EPI indicado pelas autoridades competentes não elimina completamente o risco de transmissão do vírus. Em razão desta, resta trabalhar com as situações em que o perigo possa ser reduzido a níveis toleráveis.

A conclusão possível, em termos abstratos, é que a falta de EPI adequado, isto é, em total conformidade com as normas técnicas, gera uma presunção de risco real. Eventualmente algum outro tipo de material pode apresentar nível de segurança similar, mas não entendemos que seja o caso das máscaras de TNT, p. ex. Tais casos devem ser analisados isoladamente, pois não é possível verificar, *a priori* e genericamente, todas as variáveis que envolvem a atestação da satisfação das condições sanitárias.

Assim, em face dos materiais disponíveis no momento do atendimento, os profissionais da saúde devem identificar sua suficiência e, verificando que o EPI não apresenta um grau satisfatório (mínimo) de segurança, devem comunicar a seu supervisor ou responsável, decidindo se podem fornecer o suporte requerido pelo paciente. Cientes, porém, de que o delito de omissão de socorro não está configurado quando o profissional estiver em risco pessoal de contágio, seja pela insuficiência do material de proteção, seja pelas más condições sanitárias do ambiente hospitalar.

Os limites do dever de agir estão elencados, de forma geral, na regulação jurídica da omissão imprópria. Segundo o art. 13, § 2º do Código Penal, a abstenção da conduta devida só é penalmente relevante quando o omitente *podia* agir. A possibilidade do agir não refere abstratamente uma capacidade física, mas uma condição pessoal real nos limites do risco aceitável.^[7] E estar suscetível à contaminação pelo Coronavírus por ausência de equipamento de proteção individual minimamente adequado configura cenário que extrapola o que entendemos por risco aceitável.



Embora na grande mídia os médicos sejam saudados como "heróis" — e em certo sentido realmente o são em vista do notório empenho em salvar vidas na crise pandêmica que estamos vivendo —, o direito penal não exige atos de heroísmo e muito menos pune a omissão da ação devida quando implica risco pessoal. Eventual obrigação moral não se traduz em obrigação jurídica e é legítimo que os profissionais da saúde, nos casos em que o poder público não fornece as condições adequadas de trabalho e os coloca em perigo, deixem de prestar o cuidado esperado.

No caso, as lições de Néelson Hungria ganham especial relevo: *“a lei não obriga ninguém a ser herói ou santo, isto é, a sacrificar-se por amor ao próximo (...). Mesmo aquele a quem incumbe, especialmente, o dever de assistência ao periclitante, não cometerá o crime, se se abstém para evitar risco pessoal. O texto da lei é incondicional quando se refere a risco pessoal (...).”*^[8]

5. Estabelecidos os limites do agir dos profissionais da área médica, fundamental referir, ainda, que é dever da administração, através das secretarias de saúde competentes (âmbitos federal, estadual e municipal), o fornecimento de equipamentos adequados para proteger a saúde dos servidores, sobretudo na esfera pública. Se por um lado o médico, o enfermeiro e todos os demais profissionais da cadeia de atendimento não são heróis, não sendo obrigados a ações de risco, por outro também necessitam cuidados. Cuidados que se materializam no fornecimento, pela administração pública, de condições mínimas para o atendimento às vítimas da Covid-19.

Assim, em caso de eventual contaminação dos profissionais de saúde pelo Coronavírus, em decorrência da não disponibilização de material de atendimento adequado, e demonstrada a relação de causalidade entre o não-fornecimento possível do equipamento e o contágio, seria cabível inclusive a responsabilização dos gestores pelos danos, nas esferas administrativa e cível e, eventualmente, no campo criminal.

Fundamental, portanto, nestes casos, uma atuação forte das associações, conselhos, sindicatos e demais entidades representativas dos profissionais da área da saúde para que se cumpram, pelos poderes públicos e instituições privadas, as diretrizes que garantam minimamente a atuação no cuidado às vítimas.

* Texto dedicado às médicas Maria Rita de Assis Brasil e Clarissa Couto de Mello (Salo) e Maria Aparecida Albuquerque de Aguiar (Lucas), profissionais competentes e comprometidas eticamente com a saúde pública.

[1] Machado, Leandro; Barifouse, Rafael. 'Estamos Apavorados': o drama de médicos na linha de frente do atendimento ao coronavírus no Brasil, **BBC Brasil**, 20/03/2020 [<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52057783>].

[2] Machado, Leandro; Barifouse, Rafael. 'Estamos Apavorados': o drama de médicos na linha de frente do atendimento ao coronavírus no Brasil, **BBC Brasil**, 20/03/2020 [<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52057783>]



].

[3] Neste sentido, p. ex., “configura o crime deste art. 135 a conduta de médico que recusa assistência a doente grave, a pretexto de falta de pagamento de honorários ou da inexistência de convênio (TACrSP, Julgados 83/321), bem como da falta de vaga, mesmo que verdadeira (TAMG, RJTAMG 54-55/550)” (Delmanto, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 290-291). Conferir, igualmente, Bitencourt, Cezar. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 654.

[4] G1, **Médicos do Hospital Salgado Filho afirmam que estão com máscaras inadequadas**, 19/03/20 (<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/19/coronavirus-medicos-do-hospital-salgado-filho-afirmam-que-estao-com-mascaras-inadequadas.ghtml>).

[5] RD Portal, **Coren notifica 3 hospitais de MT por uso de máscara inadequada ao coronavírus**, 28/04/20 (<https://www.rdnews.com.br/coronavirus/coren-notifica-3-hospitais-de-mt-por-uso-de-mascara-inadequada-ao-coronavirus/127499>).

[6] Neste sentido, exemplificativamente, no Espírito Santo [Nunes, Aline. Médicos e enfermeiros denunciam falta de equipamentos de proteção, **A Gazeta**, 02/04/20 (<https://www.agazeta.com.br/es/gv/medicos-e-enfermeiros-denunciam-falta-de-equipamentos-de-protecao-0420>)], no Paraná [G1 Paraná, **Médicos reclamam de falta de equipamentos de proteção no combate ao Covid-19**, 03/05/20 (<http://g1.globo.com/pr/parana/videos/t/todos-os-videos/v/medicos-reclamam-de-falta-de-equipamentos-de-protecao-no-combate-ao-covid-19/8418276>)] e em São Paulo [Betim, Felipe. Lotado, hospital da periferia de São Paulo retrata o imprevisto na luta contra a covid-19, **El País**, 23/04/20 (<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-04-24/lotado-hospital-da-periferia-de-sao-paulo-retrata-o-imprevisto-na-luta-contra-a-covid-19-ore-pelo-meu-pai>); Agência Nacional, **Médicos reclamam falta de equipamentos para tratar Covid-19**, 27/04/20 (<https://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2020-04/medicos-reclamam-falta-de-equipamentos-para-tratar-covid-19>)].

[7] Tavares, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 389-412.

[8] Hungria, Nélon. **Comentários do Código Penal**. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 444.

Date Created

11/05/2020