

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE QUE VACINAM FALSAMENTE PACIENTES CONTRA A COVID-19

Camila Maldaner Luchini

Eduardo Baierle

Kethling Kerber

Resumo

A relação de causalidade com as condutas cometidas por agentes determina fatores importantes que são analisados, bem como, determinados. O dolo juntamente com a figura típica contém elementos que, relacionados com a conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena. Em conjunto com a culpa consciente, onde a confiança de que o resultado não venha a reproduzir-se, condiz na crença em sua habilidade na realização da conduta. Dentre os elementos subjetivos temos as espécies do dolo, quais os profissionais da saúde podem se enquadrar tanto no dolo direto, indireto, alternativo ou eventual e também na culpa consciente, tudo dependendo de sua conduta que, no decorrer do referido artigo, analisando os caracteres individuais e distintivos, poderemos identificar e tipificar alguns casos com exemplos práticos.

Palavras chaves: Covid-19. Dolo eventual. Vacina. Pacientes. Profissionais da saúde. Causalidade. Condutas. Crimes.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo, a discussão sobre a responsabilização dos profissionais da saúde pública que vacinam falsamente pacientes contra o coronavírus. Considerando que a pandemia da doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) foi reconhecida no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS). No Brasil, o primeiro caso

confirmado foi no dia 26 de fevereiro de 2020. Até a mais recente pesquisa são 14.590.678 casos registrados, 13.152.118 casos curados e 401.186 óbitos.

No Brasil, foram adotadas diversas medidas para o combate, por exemplo, o fechamento do comércio essencial e de escolas. No início os trabalhadores foram orientados a desenvolver suas atividades em suas residências. Houve situações em que a autoridade pública decretou bloqueio total, punindo os estabelecimentos e indivíduos que descumprissem as normas.

Neste período de pandemia, um grande momento era esperado, a criação de vacinas contra o COVID-19. Muitos médicos, pesquisadores e cientistas de muitos países estavam em busca de vacinas. Países como Reino Unido, Estados Unidos.

Na União Europeia foram os primeiros países a começaram a vacinação da população. No Brasil, o caminho foi um pouco mais complexo, tendo quatro alterações em relação ao início da vacinação, sendo concretizada a primeira vacina no dia 17 de janeiro de 2021, autorizada pela ANVISA com as vacinas CoronaVac e Oxford.

Como de fato, nem tudo tem só um lado positivo, há uma grande polêmica envolvendo a aplicação das vacinas do COVID-19. Inúmeros registros mostram que profissionais da saúde pública do Brasil estão aplicando a vacina contra a COVID-19 sem o seu devido conteúdo na seringa.

Surgindo o problema que, o paciente que não foi vacinado corretamente poderá vir a óbito (pois não há imunização). A pergunta que não quer calar, os profissionais da saúde que vacinam sem o conteúdo da vacina podem responder por quais crimes previstos no Código Penal?

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

2.1.1 TEORIA CAUSAL DA AÇÃO

A lei da causalidade se baseia em uma relação de causa e efeito. A ação é um tipo de movimento corporal voluntário que causa mudança no

exterior do mundo. A manifestação de vontade é toda aquela conduta voluntária (ação ou omissão) que resulta de um movimento do corpo.

A ação é a mera causação do evento, que é provocada pela vontade ou voluntariedade, mas não pode ser conduzida. O que importa não é o conteúdo da vontade que é deslocado para a culpabilidade (dolo ou culpa).

Para concretizar uma ação basta que seja comprovado a existência de uma conduta voluntária (que seja espontânea, não forçada). Para a ação existir é suficiente que o autor queira algo. Conhecer o que realmente queria.

Há críticas para esta teoria que a ação esvazia o conteúdo da vontade. Callegari, André Luís.

2.1.2 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Esta teoria idealizada por Welzel traz uma concepção que a ideia central é que a ação humana consiste em um acontecer final, não somente uma causa.

A finalidade ação se baseia em que o indivíduo controla o curso de ação, tendo um determinado objetivo que é conduzido por ele, ou seja, o indivíduo prevê e determina a finalidade da ação. A finalidade é apoiada na capacidade que o indivíduo prevê as consequências da aplicação de seus recursos.

A relação final e as consequências pertencem à concepção finalista, Welzel compreende que "não existe uma ação final em si ou absoluta, mas existe uma relação das consequências antepostas pela vontade de realizar". Deste modo, ficam fora do conteúdo final da ação, da vontade de realização, todas aquelas consequências que o autor prevê, mas, confia e acredita que não se produzirão. Callegari, André Luís.

2.1.3 TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Esta teoria foi produzida e elaborada por Eberhard Schmidt. O postulado básico "é ser penalmente relevante somente aquelas condutas que

tenham um cunho social, ou seja, que atingem terceiros que fazem parte das relações humanas".

A ação é uma conduta voluntária em direção ao mundo externo social. A ação não interessa como fenômeno das ciências naturais, mas sim como fenômeno social na direção de seus efeitos que são dirigidos à realidade social.

A ação é um comportamento humano social que é relevante. Esse comportamento é entendido como toda resposta do homem a uma exigência de situação reconhecida ou não, mediante a realização de uma possibilidade de reação da qual é disposta devido sua liberdade.

Deste modo, o comportamento consiste no exercício da atividade final, mas se limita a produção de consequências. A teoria social da ação vem para abarcar o conceito final e o conceito causal da ação.

O que importa para a teoria social é o significado social da conduta humana a partir do ponto de vista da sociedade, ou seja, o conceito valorado de ação. A ação tem relevância social quando afeta o indivíduo com seu meio social. Callegari, André Luís.

2.2 FORMAS DE CONDUTA

Existem duas formas de conduta, a comissiva e a omissiva. A conduta pode ser vista por meio de um movimento positivo (conduta comissiva), perceptível pelos sentidos, ou decorrer da negação de ação (conduta omissiva).

A primeira é a conduta que é manifestada por meio de um movimento do corpo positivo. Os crimes comissivos exigem uma atividade positiva do agente, que o agente faça.

A segunda se caracteriza por um não fazer. Quando o agente deixa de fazer alguma coisa que estava obrigado. Está dividida em conduta omissiva própria e conduta omissiva imprópria.

Omissiva própria são os crimes que o legislador descreve um não fazer, sem depender da produção ou não de um resultado. O que importa é somente a não realização de uma conduta devida.

Omissiva imprópria se trata de uma omissão que deveria ser considerada como uma ação, ou seja, comissão por omissão. Seria uma conduta comissiva em sentido estrito, uma ação. O agente pratica uma ação por meio de uma omissão.

Nesses crimes não basta somente não fazer, tem que ocorrer a produção do resultado. São os crimes que o sujeito, por meio de uma omissão, permite a produção de um resultado posterior.

Em primeiro momento, uma conduta será criminosa quando a lei descreve-la com uma pena para quem a pratica. No aspecto material, o crime é constituído em uma conduta ofensiva a um determinado bem jurídico que é tutelado pela norma.

O fato típico, ou seja, a conduta típica, é a ação ou omissão promovida pelo seu autor e prevista na lei como um crime.

A culpabilidade ocorre quando é possível opor ao autor do fato a responsabilidade penal pela conduta praticada por ele. Verifica se o autor é imputável, ou seja, tem potencial, consciência da ilicitude e se, na ocasião de fato, teve a possibilidade de realizar tal conduta criminosa.

A ação ou omissão pode ser dolosa ou culposa, analisando juntamente o resultado (lesão ao bem jurídico e não apenas o resultado naturalístico). Se a ausência de uma das causas impedir a ocorrência do evento, se considera como causa do crime.

A conduta pode ser considerada cuja hipotética supressão nos eventos impediria a ocorrência do fato criminoso.

As concausas aliadas concorrem para o resultado. Podendo ser antecedentes, concomitantes ou supervenientes. As concausas absolutamente independentes sempre excluem a ação do agente como causa do fato, ou seja, sua importância para que o evento ocorra é tamanho que as demais causas se tornam irrelevantes. As concausas relativamente

independentes que forem antecedentes e concomitantes não excluem o crime.

Neste dispositivo o que é pretendido é afastar a responsabilidade objetiva do autor por fatos posteriores que, mesmo em decorrência do primeiro, não poderiam ser esperados e assumiram a relevância no resultado.

Os crimes omissivos ou comissivos por omissão ocorrem quando o sujeito assume a posição de garantidor, de responsável por evitar a lesão ao bem jurídico. A omissão do autor se equivalem à própria prática do delito comissivo, o autor fica obrigado a evitar o resultado. Callegari, André Luís.

2.3 RELAÇÃO DA CAUSALIDADE

Conforme já explicado anteriormente, nos crimes omissivos próprios não podemos visualizar o nexos de causalidade entre a não ação e o resultado. Maiores dificuldades não são encontradas para determinar a relação de causalidade nos crimes omissivos próprios, pois tal relação não existe.

Já nos crimes omissivos impróprios encontra-se certa dificuldade para determinar a relação de causalidade. Neste crime há um dever de agir, que se dá de uma forma mais complexa. É um dever de agir para evitar um resultado concreto. O agente tem o dever de agir por meio de determinada conduta, tendo a finalidade de evitar o resultado. Para a consumação deste crime é necessário que o resultado seja produzido.

Havendo um resultado, conseqüentemente podemos mencionar o nexos de causalidade. O referido nexos não se dá por uma causalidade natural.

Na legislação brasileira, no Código Penal, no art. 13, §2º há previsão dos crimes omissivos impróprios, que determina “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. A alínea b diz respeito àqueles que, por sua posição, assumem o dever de impedir a ocorrência do resultado.

São chamados de garantidores, os indivíduos que possuem o dever de evitar o resultado, sendo tais indivíduos os que estão sujeitos a praticar um crime omissivo por comissão.

Para concluir, os crimes omissivos impróprios ocorrem quando há um dever normativo de evitar um resultado e se praticados pelos indivíduos garantidores, neste caso há responsabilização do agente por um delito originariamente praticado por uma ação. Considerando a existência de um nexos de causalidade normativo, e não naturalístico.

2.4 UMA ANÁLISE SOBRE OS POSSÍVEIS CRIMES COMETIDOS

Primeiramente levamos em consideração o fato de a pessoa se deslocar até o local da vacinação, e o profissional da saúde que fará a aplicação da seringa não injeta o líquido imunizador. Tendo isso, a visualização dos crimes se dará a seguir em forma de tópicos.

2.4.1 CRIME DE LESÃO CORPORAL

Conduta tipificada no art. 129 do Código Penal que diz “ofender a integridade corporal ou saúde de outrem”. É plenamente visualizado nesse contexto porque o profissional já com o animus de ludibriar a vítima, apenas fura seu braço para fazer de conta que a aplicação foi efetivamente concluída, e se enquadra justamente no texto da lei, ferindo a integridade corporal do paciente. Não há que se falar aqui em ato necessário para a aplicação da vacina, o que justificaria o não cometimento do crime, até porque foi feita fraudulentamente, e o agente previamente planejou essa situação, levando assim a prática exclusivamente de uma lesão corporal que pode ainda ser considerada culposa, se a intenção do agente com o fim de enganar a vítima se der à outros fins, não tão somente a lesionar.

2.4.2 CRIME DE ESTELIONATO

Conduta tipificada no art. 171 do Código Penal que dispõe o seguinte: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro

meio fraudulento". Pode ser visto como uma continuação do crime anteriormente abrangido, se ao fazer a aplicação, lesionando o paciente e o induzindo a crer que foi efetivamente vacinado, o agente possui o intuito de vender essa vacina, aplicar em si mesmo ou aplicar em benefício de terceiro, se enquadrando perfeitamente na conduta estelionatária.

Portanto temos um prejuízo alheio, tal qual a lesão ocasionada e a indução ao erro na vítima, um benefício próprio ou à outrem, dependendo de como irá utilizar essa vacina depois de aplicado o golpe, e obviamente uma vantagem ilícita consubstanciada com fraude. Deve-se tomar cuidado no tocante a obtenção da vantagem indevida, já que ela efetivamente precisa ser alcançada, ou seja, o profissional da saúde deverá obrigatoriamente conseguir se beneficiar de alguma maneira com o ato ilícito. Caso contrário, vislumbra-se a tentativa do crime de estelionato.

2.4.3 CRIME DE PERIGO A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM

Conduta tipificada no art. 132 do Código Penal que traz o seguinte: "Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente". Podemos considerá-lo como um possível crime já que o vírus da covid-19 se enquadra exatamente no que diz respeito a perigo direto e iminente, já que podemos o contrair em qualquer lugar em qualquer hora. Sendo assim, ao não injetar o líquido imunizador, o agente está colocando a vítima em perigo direto e iminente, podendo até ser considerado constante, diante da incerteza de se estar na presença de ambientes e pessoas contaminadas.

Aqui, a conduta do agente deveria ser única e exclusivamente voltada a expor a vítima ao perigo, já que o art. 132 dispõe de um crime subsidiário pelo contido na pena aplicável, qual seja de detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Assim não poderia concorrer formalmente com outros crimes, aqui analisados, que contenham pena mais gravosa. Portanto não o poderíamos configurar em concurso com o crime de estelionato, por exemplo.

2.4.4 CRIME DE PREVARICAÇÃO

Conduta tipificada no art. 319 do Código Penal que abrange a seguinte situação: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal". Pode ser configurado se o profissional da saúde for funcionário público, tratando-se portanto de crime próprio, onde a atitude delituosa de não aplicar efetivamente a vacina se dá por motivos de satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Um exemplo seria a inimizade que o agente teria com a vítima, e a engana ao não vaciná-la corretamente.

2.4.5 CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO

Conduta tipificada no § 3º do art. 121 do Código Penal que dispõe sobre a modalidade culposa do delito "matar alguém". Hipótese que deve ser discutida e analisada com muito cuidado, porém nosso intuito é trazer a possibilidade de configuração em aspectos gerais como alternativa punitiva, em caso de morte da vítima. A deixamos por último por se tratar do crime mais gravoso da análise em questão, obviamente não menos importante, porém com aspectos subjetivos altamente amplos, e que certamente deixará muitas dúvidas e questionamentos aos leitores, o que nesse ponto é de suma importância ao que queremos propor-vos.

Imagine que o seu pai ou a sua mãe, no uso de seu direito, vão ao posto de saúde mais próximo de sua casa para tomar a tão esperada vacina. Alguns meses depois é acometido pelo vírus da COVID-19 e em poucos dias morre. É, indubitavelmente, compreensivo que você, entristecido e com raiva, acuse o profissional de saúde, que vacinou-a/o, de homicídio, ao descobrir que este não aplicou o líquido imunizante da vacina em seu braço. Porque existe um nexo causal alíssimo entre a conduta do agente e a causa da morte da vítima. Isto porque esta última, pensando estar imunizada, relaxou nos cuidados, apesar das recomendações ainda persistirem, ou por se permitir fazer certas coisas ou a frequentar tais lugares, que antes não fazia, ou seja, a

conduta do agente desencadeou uma atitude totalmente diferente na vítima, uma conduta que no final das contas desencadeou o fim de uma vida. Conseguem perceber o quão responsável esse profissional da área da saúde consegue ser?

Podem surgir comentários no sentido de que a vacina não é 100% eficaz, ou que a vítima morreu em decorrência dos maus cuidados, mas sinceramente, ponderando esses dois pontos com a total má conduta do agente, o que é mais grave? Porque, provavelmente, o falecido ainda estaria vivo se tivesse sido efetivamente imunizado, ou estaria tendo os cuidados necessários como tinha antes, caso não tivesse adquirido o direito de ir se vacinar, resultando na sua vida ainda resguardada. É aqui que queremos chegar, surtir indagações do quão perigosa e avassaladora pode ser uma conduta, em uma época tão delicada quanto a que passamos no momento.

Há de se frisar que, apesar de um pouco informal o diálogo acima, é de suma importância analisar concretamente cada situação de forma minuciosa. Dificilmente o agente terá o animus necandi com o ato de não aplicar a vacina, bem por isso o subtítulo que aqui se encontra é o de homicídio culposo. É muito mais visível a conduta da falsa vacinação motivada por estelionato, lesão ou prevaricação à de matar alguém. Mas, caso viesse a ocorrer com outro intuito e não o de matar, poderia sim ser enquadrada como homicídio culposo, o que demandaria de um leque probatório muito concreto e substanciado.

2.5 DOLO X CULPA CONSCIENTE

O dolo deve abranger os elementos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito. Toda figura típica contém uma série de elementos que, relacionados com a conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena.

2.5.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS

2.5.1.1 ESPÉCIES DE DOLO (DOLO DIRETO E INDIRETO – TEORIA DO DOLO EVENTUAL)

O art. 18, I do CP nos traz o conceito de dolo:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

A doutrina distingue duas formas de dolo: dolo direto ou determinado e dolo indireto ou indeterminado.

No dolo direto, o sujeito visa a certo e determinado resultado. Ex.: o profissional de saúde ao injetar a seringa e não aplicar o conteúdo da vacina, tem a intenção de que a vítima não tenha imunidade.

Há dolo indireto quando a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado, em duas formas: dolo alternativo e dolo eventual.

Há dolo alternativo quando a vontade do sujeito se dirige a um ou outro resultado. Ex.:O profissional de saúde ao injetar a seringa e não aplicar o conteúdo da vacina, tem a intenção de não imunizar ou expô-lo ao risco de contrair Covid-19.

2.5.2 O DOLO EVENTUAL E A CULPA CONSCIENTE

Ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, admite e aceita o risco de produzi-lo. O agente não quer o evento, mas sim a conduta, prevendo que esta pode produzir aquele; percebe que é possível causar o resultado, o agente assume o risco de causá-lo.

Na culpa consciente o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levemente que não ocorra ou que possa evitá-lo. É também chamada de culpa com previsão. A previsão é elemento do dolo, mas, excepcionalmente, pode integrar a culpa. E exceção está na culpa consciente, o violador da norma penal não deseja a busca de um delito, pelo contrário, até a repulsa, mas, por uma imprudência, negligência ou, imperícia, acaba-o causando. A

culpa consciente contém dado importante: a confiança de que o resultado não venha a produzir-se, que se assenta na crença em sua habilidade na realização da conduta ou na presença de uma circunstância impeditiva.

2.5.3 CARACTERES INDIVIDUAIS E DISTINTIVOS

Como já exposto, no dolo eventual o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual pode ser caracterizado pela “indiferença”, pois o sujeito mentaliza o evento e pensa “para mim é indiferente que ocorra, tanto faz, dane-se a vítima”.

Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado. A culpa consciente, podemos caracterizar pela “incredulidade”, pois, o sujeito tinha prévia consciência de que o resultado poderia ocorrer, não o desejava, porém, não foi capaz de fazer com que esta não ocorresse ou pode evitá-lo por suas habilidades.

2.5.4 CASO PRÁTICO

No tocante ao dolo eventual podemos exemplar um agente de saúde que ao injetar a seringa sem o conteúdo da vacina pretende ficar com o conteúdo da vacina para ele, mas percebe que não aplicando no paciente, pode este contrair a Covid-19 e tampouco ficar imune, não obstante essa possibilidade, prevendo o resultado de contaminação da covid-19 ao paciente por não ter sido imunizado, é-lhe indiferente que este último resultado se produza. Para ele tanto faz que paciente não esteja imunizado, embora não queira o evento.

Com relação à culpa consciente temos o profissional da saúde que ao vacinar o paciente contra a Covid-19, atenta que o conteúdo está vencido, mas, acreditando em suas habilidades de conhecimento profissionais, presume que o vencimento não acarretará em problema algum.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo abordou diversos temas para melhor elucidação dos fatos. Primeiramente devemos analisar os tipos de conduta e de ação para poder chegar em uma conclusão dos possíveis crimes cometidos pelos profissionais da saúde.

O profissional da saúde que executa suas funções, tanto com dolo (seja ele, direto ou indireto, alternativo ou eventual) quanto com culpa consciente, tipificado seu respectivo enquadramento nos elementos subjetivos conforme suas condutas, será este penalizado dentre os possíveis crimes cometidos, que, indiscutivelmente, devem ser cuidadosamente analisados, observando os elementos de cada tipo penal e suas respectivas características.

Portanto há de se concluir que, cumprindo a sequência lógica do presente estudo, partindo dos tipos de ação consubstanciadas com o resultado e a finalidade, seguindo pela causa e efeito cuja ação resultou, passando pelos crimes capazes de serem enquadrados, desencadeados por esta ação e o seu resultado, e terminando pela configuração de cada espécie de dolo, tem-se a inferência do exato tipo penal violado. O que torna os profissionais da saúde, ao falsamente vacinarem pacientes contra a covid-19, responsáveis penalmente por seus atos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Governo do Estado. Secretarias Estaduais de Saúde (org.). Coronavírus Brasil: painel coronavírus. Painel Coronavírus. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CALLEGARI, André Luís. Vacinar sem o conteúdo da vacina: tentativa de homicídio? 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-19/andre-callegari-vacina-conteudo-tentativa-homicidio>. Acesso em: 15 mar. 2021.

OLIVEIRA, Rafael. Enfermeira admite ao MP que não injetou o líquido da vacina contra Covid-19 em idosa na 1ª tentativa. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2021/02/12/enfermeira-admite-ao->

mp-que-nao-injetou-o-liquido-da-vacina-contra-covid-19-em-idosa-na-1a-tentativa.shtml. Acesso em: 22 mar. 2021.

OLIVEIRA, Marina Vezu Macedo de. Enfermeira que fingiu ter vacinado idosa contra covid-19 e adequação típica de sua conduta. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88286/enfermeira-que-fingiu-ter-vacinado-idosa-contra-covid-19-e-adequacao-tipica-de-sua-conduta>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Callegari, André Luis de. Teoria geral do delito e da imputação objetiva. 2011

JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

Sobre o(s) autor(es)

Camila Maldaner Luchini. Formanda em direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, campus de São Miguel do Oeste. Email: camilamluchini@gmail.com

Eduardo Baierle. Formando em direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, campus de São Miguel do Oeste. Email: eduardobaierle32@gmail.com

Kethling Kerber. Formanda em direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, campus de São Miguel do Oeste. Email: kethikerber@gmail.com