

**COMISSÃO ESPECIAL PARA ANÁLISE E SUGESTÕES DE MEDIDAS AO
ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS**

PARECER

**ESTRUTURAS DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL
DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

*"A hora é de fazer destino"
Min. Carlos Ayres Britto*

*"Das Alte stürzt, es ändert sich die Zeit,
und neues Leben blüht aus den Ruinen"
("Cai o que velho está, muda o tempo,
e entre as ruínas surge nova vida")
Friedrich Schiller*

A **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho Federal, Doutor **FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY**, tem interesse na discussão sobre os crimes cometidos pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, **JAIR MESSIAS BOLSONARO**, ao longo da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV2).

A Comissão Especial de Juristas da OAB Nacional para Análise e Sugestões de Medidas de Enfrentamento da Pandemia do Coronavírus identifica nas condutas praticadas pelo Presidente da República as seguintes infrações em tese: I) no plano nacional, A) delitos de homicídio e lesão corporal por omissão imprópria (comissão por omissão); B) crimes de responsabilidade; II) no plano internacional, crime contra a humanidade (art. 7º do Estatuto de Roma). É o que se passa a demonstrar.

I - DELITOS PRATICADOS NO PLANO NACIONAL

**A) DOS DELITOS DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL POR OMISSÃO
IMPRÓPRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

O art. 13, § 2º do Código Penal dispõe que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei dever de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Em primeiro lugar, é importante observar que o Código Penal Brasileiro positivou a teoria do dever jurídico formal¹, que provém de Feuerbach, Spangenberg e Stübel². De acordo com tal teoria, o dever de agir para evitar o resultado deriva, exclusivamente, da lei, da assunção de responsabilidade e da ação precedente perigosa. Essas são as fontes (formais) que originam as posições de garantidor. Embora a teoria do dever jurídico formal tenha sido abandonada pela moderna Ciência do Direito Penal, em razão de sua rigidez, deve-se reconhecer que seu grande mérito consiste na **segurança jurídica**. De qualquer sorte, eventuais debates a respeito de outras construções dogmáticas³ parecem ter relevância somente *de lege ferenda* (e não *de lege lata!*), pois, insista-se, o legislador pátrio foi claro ao abraçar a teoria do dever jurídico formal.

¹ Nesse sentido, Tavares, *Teoria dos Crimes Omissivos*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, pág. 315; Cirino dos Santos, *Direito Penal. PG*, 3ª ed., Curitiba, 2008, pág. 214; Fragoso, *Lições de Direito Penal. PG*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1995, pág. 231.

² Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen, 1803, págs. 24 e ss., considerando como fontes do dever de garantidor a lei e o contrato. Posteriormente, Spangenberg, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit in Neues Archiv des Criminalrechts*, Tomo IV, 1821, pág. 539, passa a admitir também como fonte do dever de garantidor relações pessoais estreitas, a exemplo do parentesco ou do matrimônio. Por fim, Stübel, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1928, pág. 61, reconhece como fonte do dever de garantidor o atuar precedente. Sobre a evolução história da teoria formal do dever jurídico cfr. Schönemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, págs. 218 e ss.

³ Por exemplo, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, *passim*; Schönemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, *passim*; Freund, *Strafrecht. AT*, Berlin, 1998, § 6/177 e ss.

Por expressa determinação da Constituição Federal, o Chefe do Poder Executivo da União tem o dever de zelar pela saúde pública (por meio da implementação de políticas sociais e econômicas) e, em última instância, de evitar situações que possam colocar a vida e a integridade física dos indivíduos em perigo. Assim determina o art. 23, II da Constituição Federal, ao afirmar que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "cuidar da saúde e assistência pública (...)". De forma complementar, o art. 196 da Carta Maior dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Aqui é importante observar que, de acordo com o artigo 76 da Constituição Federal, "O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, **auxiliado pelos Ministros de Estado**", o que, evidentemente, atrai também a (eventual) responsabilização do Ministro da Saúde em questões dessa natureza.

Embora seja inequívoco, sob o ponto de vista constitucional, que cabe ao Presidente e ao Ministro da Saúde zelar pela saúde pública (como **garantidores** de tal bem jurídico), o que se pôde verificar ao longo de toda a grave crise pandêmica que assolou o país foi exatamente o oposto. Constatou-se, a mais não poder, a sistemática e deliberada violação por parte de ambos do seu elevado *munus* de implementação *ad tempus* de políticas sociais e econômicas capazes de reduzir os progressivos riscos do coronavírus.

Um dos exemplos mais eloquentes da omissão do Presidente da República encontra-se no caso da vacina da Pfizer. De fato, em impactante entrevista concedida à revista *Veja*, em outubro do ano passado, Carlos Murillo, CEO da Pfizer

Brasil, revelou o absoluto desinteresse do Governo Federal na aquisição do imunizante, o que levou a empresa a tentar negociar diretamente com os Governadores dos Estados. Confira-se o seguinte trecho da entrevista:

“Em julho o senhor revelou a VEJA o início da negociação com o governo brasileiro de um acordo de compra de doses da vacina da Pfizer. De lá pra cá, essa negociação avançou? Em agosto, depois de várias reuniões com integrantes do governo, incluindo do Ministério da Saúde e da Economia, a Pfizer fez uma proposta formal de fornecimento da vacina ao Brasil, sujeita à aprovação regulatória, claro. **Essa proposta permitiria vacinar milhões de brasileiros** e especificava um prazo para o governo responder. **Mas nós nunca recebemos uma resposta formal do governo brasileiro, nem pelo sim nem pelo não.** Pelo interesse da companhia de tentar fechar um acordo com o Brasil, **principalmente por acreditar nos benefícios dessa tecnologia [a vacina da Pfizer utiliza uma plataforma inovadora, baseada em mRNA]**, após ter vencido o prazo, **o CEO global da Pfizer mandou uma carta ao presidente Jair Bolsonaro e ao ministro da saúde retomando a proposta e enfatizando a importância da companhia trabalhar com o Brasil. Tampouco recebemos resposta**”⁴.

O desinteresse do Governo Federal mostra-se verdadeiramente incompreensível, não somente pelo alto grau de eficácia da vacina, **como também pela disponibilidade que tinha a Pfizer de entregar doses do imunizante ainda no final do ano passado.** Verifique-se o seguinte trecho da entrevista, em que Carlos Murillo, CEO da Pfizer Brasil, afirma categoricamente que parte das doses estaria disponível para ser entregue no final de 2020:

“A oferta inicial para o governo brasileiro previa a entrega de doses ainda este ano? **Sim. A previsão de entrega era no final de 2020 e janeiro de 2021.** É claro que isso estaria sujeito a aprovação regulatória da Anvisa”.

⁴ <https://veja.abril.com.br/saude/governo-federal-ignora-proposta-de-compra-de-vacina-da-pfizer/>

Aliás, a simples leitura da carta enviada pelo CEO Global da Pfizer ao Presidente da República mostra a seriedade de propósito da empresa e o seu compromisso de enviar milhões de doses do imunizante ao Brasil ainda em 2020. Confira-se:



Dr. Albert Bourla
Chairman of the Board
Chief Executive Officer

Pfizer Inc
235 East 42nd Street, New York, NY 10017-5755
Tel. 212-733-9623
albert.bourla@pfizer.com

12 de setembro de 2020

Excelentíssimo Senhor Jair Messias Bolsonaro
Presidente da República Federativa do Brasil

Excelentíssimo Senhor Presidente da República Jair Bolsonaro,

Na luta contra a COVID-19, uma vacina é parte crítica para lidar com a crise de saúde global, diminuindo as taxas de infecção, doença e morte em todo o mundo. A Pfizer tem estado na linha de frente no enfrentamento desta pandemia que afeta brasileiros e pacientes em todo o mundo, desde os primeiros dias desta emergência. A Pfizer foi fundada na cidade de Nova York, está sediada nos Estados Unidos há mais de 170 anos, e opera no Brasil há aproximadamente 70 anos. Junto com nosso parceiro, a empresa alemã BioNTech, estamos aproveitando décadas de experiência científica para desenvolver, testar e fabricar uma vacina de mRNA para ajudar a prevenir a infecção pela COVID-19. Atualmente, estamos conduzindo um ensaio clínico em grande escala de Fase 2/3 com pelo menos 30.000 participantes em um grupo seletivo de países em todo o mundo, incluindo dois centros de pesquisa no Brasil com cerca de 2.000 brasileiros voluntários. Estamos no caminho certo para buscar uma revisão regulatória de nossa vacina em outubro de 2020, com centenas de milhares de doses já produzidas.

A potencial vacina da Pfizer e da BioNTech é uma opção muito promissora para ajudar seu governo a mitigar esta pandemia. Quero fazer todos os esforços possíveis para garantir que doses de nossa futura vacina sejam reservadas para a população brasileira, porém celeridade é crucial devido à alta demanda de outros países e ao número limitado de doses em 2020. Como deve ser do conhecimento de Vossa Excelência, fechamos um acordo com o governo dos Estados Unidos para fornecer 100 milhões de doses de nossa potencial vacina, com a opção de oferecer 500 milhões de doses adicionais. A Pfizer tem o maior contrato com o governo dos EUA em termos de valor para uma vacina contra a COVID-19 até o momento, demonstrando a confiança que a Administração do Presidente Donald Trump tem em nossa ciência e nossa capacidade de produção. O Dr. Moncef Slaoui, Conselheiro Chefe da Operação *Warp Speed* do Governo dos Estados Unidos, visitou a instalação da Pfizer que está produzindo nossa vacina COVID-19 e que poderia abastecer o Brasil. Temos ainda acordos com o Reino Unido, Canadá, Japão e vários outros países, e estamos em negociações finais com a União Europeia para fornecer 200 milhões de doses, com uma opção de fornecimento adicional de mais 100 milhões de doses.

Minha equipe no Brasil se reuniu com representantes de seus Ministérios da Saúde e da Economia, bem como com a Embaixada do Brasil nos Estados Unidos. Apresentamos uma proposta ao Ministério da Saúde do Brasil para fornecer nossa potencial vacina que poderia proteger milhões de brasileiros, mas até o momento não recebemos uma resposta. Sabendo que o tempo é essencial, minha equipe está interessada em acelerar as discussões sobre uma possível aquisição e pronta para se reunir com Vossa Excelência ou representantes do Governo Brasileiro o mais rapidamente possível.

www.pfizer.com

Excelentíssimo Senhor Jair Messias Bolsonaro
12 de setembro de 2020
Página 2

Finalmente, como Presidente Mundial da Pfizer, estou orgulhoso em assinar um acordo histórico demonstrando um compromisso unificado em manter a integridade do processo científico enquanto trabalhamos para obter os registros regulatórios e aprovações das primeiras vacinas contra a COVID-19. Caso Vossa Excelência ou membros de sua equipe tenham alguma dúvida, não hesitem em entrar em contato comigo diretamente ou com minha equipe no Brasil, incluindo o Presidente de nossa subsidiária no país, Carlos Murillo (Carlos.Murillo@pfizer.com).

Atenciosamente,



Dr. Albert Bourla

cc: Vice-Presidente da República Federativa do Brasil, Exmo. Sr. Hamilton Mourão
Ministro de Estado da Casa Civil, Exmo. Sr. Walter Braga Netto
Ministro de Estado da Saúde, Exmo. Sr. Eduardo Pazuello
Ministro de Estado da Economia, Exmo. Sr. Paulo Guedes
Embaixador do Brasil para os Estados Unidos, Exmo. Sr. Nestor Foster

Note-se que, mesmo havendo a possibilidade remanescente de negociação com os Estados, o CEO da Pfizer Brasil mostrava-se bastante preocupado com o *timing* da aquisição da vacina, alertando as autoridades brasileiras para o fato de que, de acordo com estudos científicos, o simples atraso de alguns meses na imunização da população já seria suficiente para um aumento significativo no número de mortes. É o que se constata no seguinte excerto da entrevista:

“Então não há mais vacinas disponíveis para o Brasil nesta primeira leva? Quando o governo federal não nos respondeu, a companhia nos autorizou a iniciar negociações em nível estadual. O objetivo da companhia é garantir que a vacina, sobretudo essas doses iniciais, possam chegar ao Brasil. Eu venho falando muito que seria muito ruim que as pessoas comecem a ser vacinadas em outros países e não no Brasil. Então, se o governo federal acha que já tem essa questão resolvida, temos

avanzado na discussão com vários estados. Com alguns estados, a negociação já está mais avançada, o que significa que já fizemos uma oferta e estamos nesse processo de entender se essa oferta vai caminhar. Com outros, ainda estamos no início das conversas, na estimativa das quantidades. **Mas as ofertas para os estados já consideram a entrega para começo de 2021 e não mais final de 2020. É importante ressaltar que iniciar a vacinação em janeiro é bastante diferente de vacinar em março ou abril. Pode parecer pouco tempo de diferença, mas o impacto desses três, quatro meses é, do ponto de vista econômico, milhões, e do ponto de vista de vidas, também é incalculável, na realidade. Uma das informações que nós temos mostrado às autoridades brasileiras é um estudo feito por uma empresa independente que mostra qual é o impacto, em termos positivos, de um mês de vacinação antecipada e o ganho que isso tem é imenso**".

É importante ressaltar, desde já, que o trecho acima referido mostra que algumas das autoridades pátrias, incluindo-se aí o Presidente da República, tinham pleno conhecimento das gravíssimas consequências que o atraso na imunização poderia gerar, tendo, por isso mesmo, na melhor das hipóteses, assumido o risco de produção de um elevadíssimo número de mortes e lesões corporais. Adiante, quando tratarmos de questões relativas à imputação subjetiva, voltaremos a esse ponto.

Pois bem. O segundo exemplo de omissão penalmente relevante por parte do Presidente da República⁵ encontra-se no caso da vacina CoronaVac. Note-se bem. No dia 20.10.2020, o Ministro da Saúde, Eduardo Pazuello, enviou carta ao Presidente do Instituto Butantan, Dimas Covas, informando-o sobre a intenção do Governo Federal de comprar a vacina CoronaVac, bem como solicitando documentos sobre o andamento das pesquisas. A compra de 46 milhões de doses do imunizante fora amplamente divulgada pela mídia⁶. Entretanto, no dia

⁵ Também constitucionalmente relevante, como veremos.

⁶ Ministério da Saúde pretende comprar vacina chinesa do Governo de São Paulo | Atualidade | EL PAÍS Brasil (elpais.com)

seguinte, em 21.10.2020, o Presidente da República desautorizou o Ministro Pazuello, suspendendo a compra da CoronaVac. Na oportunidade, por meio de uma rede social, o Presidente da República afirmou o seguinte: **"O povo brasileiro não será cobaia de ninguém. [...] Minha decisão é a de não adquirir a referida vacina"**. Na tarde do mesmo dia, durante visita a um centro de tecnologia da Marinha em Iperó, no interior de São Paulo, o Presidente confirmou a decisão de não comprar o imunizante, afirmando ainda que **"Os números têm apontado que a pandemia está indo embora"**, em que pese o país já contar à época com aproximadamente 154 mil óbitos e uma média diária de quase 700 mortes⁷. Também no dia 21.10.2020, na linha do Presidente da República, o secretário-executivo do Ministério da Saúde, Elcio Franco, afirmou: **"Não há intenção de compra da vacina"**⁸.

Embora o Governo Federal tenha decidido adquirir o imunizante em momento posterior, o fato é que toda essa política deliberadamente omissiva gerou indevido (*rectius*: ilícito) atraso na imunização da população, com consequências dramáticas. Aliás, a confirmar a grave e inadmissível omissão do Governo Federal, Dimas Covas, Diretor do Instituto Butantan, em entrevista concedida à Folha de São Paulo no dia 23.02.2021, asseverou:

"Já foi demonstrado que o Butantan fez ofertas de vacinas ao ministério desde julho do ano passado e ele sempre negou. Caso tivesse aceitado, poderíamos ter entregado as doses desde novembro de 2020, e o ministério não se mexeu nesse sentido. O contrato foi assinado tardiamente com o Butantan, então colocar a responsabilidade do atraso do PNI no Butantan me parece

⁷ Bolsonaro desautoriza Pazuello sobre vacina e entra em atrito com seu terceiro ministro da Saúde seguido | Atualidade | EL PAÍS Brasil (elpais.com).

⁸ Bolsonaro desautoriza Pazuello e suspende compra da vacina CoronaVac | Jornal Nacional | G1 (globo.com).

gratuito, mesmo porque a vacinação só começou porque o Butantan entregou as doses."⁹

Também no dia 23.02.2021, em entrevista concedida à BBC News Brasil, o Doutor Gonzalo Vecina Neto, Professor de Saúde Pública da Universidade de São Paulo e fundador da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), afirmou o seguinte:

"O Brasil teria condições de ter uma oferta muito maior de vacina se nós tivéssemos feito o que outros países fizeram, como, por exemplo, o Chile. O Chile hoje tem três doses de vacina por habitante, só que ele começou a comprar vacina em setembro.

Nós não começamos a comprar vacina cedo. O governo federal não fez nenhuma aposta. Se não fosse pelo Butantan e a Fiocruz (respectivamente, responsáveis no país pelas vacinas CoronaVac e Oxford-AstraZeneca) não teríamos nenhuma vacina"¹⁰

Na ocasião, tanto o Professor Gonzalo Vecina Neto, quanto a epidemiologista Ethel Maciel, também ouvida pela BBC News Brasil, concordaram que **"o primeiro e maior erro foi o governo federal não comprar vacinas antecipadamente, ainda em 2020"¹¹.**

A propósito da extemporânea e insuficiente aquisição dos imunizantes, a Folha de São Paulo, no dia 13.02.2021, noticiou que, até aquela data, o Governo Bolsonaro só havia despendido insignificantes 9% da verba liberada em caráter de urgência para a compra e o desenvolvimento de vacinas contra a Covid-19¹² ¹³. Mais um dado a evidenciar a

⁹ 'Nunca vivemos uma interferência política tão extrema na saúde pública', diz Dimas Covas - 23/02/2021 - Equilíbrio e Saúde - Folha (uol.com.br).

¹⁰ 3 erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil - BBC News Brasil.

¹¹ 3 erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil - BBC News Brasil

violação por parte do Chefe do Poder Executivo da União do seu dever constitucional de salvaguardar a saúde pública.

O terceiro exemplo de omissão penalmente relevante do Presidente da República¹⁴ encontra-se em sua renitente resistência em operacionalizar medidas previstas na Lei 13.979/20, a exemplo da restrição de circulação de pessoas e de atividades comerciais, que são insistentemente recomendadas pelos especialistas como medidas necessárias para evitar a disseminação descontrolada do coronavírus e, conseqüentemente, preservar a vida e a integridade física dos indivíduos. Aliás, a experiência de outros países demonstra que a única forma de combater eficazmente o vírus é por meio da combinação de uma ampla campanha de vacinação com o *lockdown*. Recentemente, pesquisadores do *Imperial College London* e da Universidade de Leischester ouvidos pela BBC News Brasil sustentaram que **“lockdowns e outras medidas de contenção são particularmente necessários durante a vacinação de uma população”**¹⁵.

É preciso aqui registrar que o Presidente da República não somente violou o seu dever constitucional de zelar pela saúde pública, como também tentou impedir, por meio da abstrusa ADI 6764/DF, que Governadores cumprissem com o seu dever de decretar medidas restritivas necessárias. Isso, mesmo depois do Supremo Tribunal Federal ter decidido, no âmbito da ADI 6341/DF, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência concorrente para administrar a atual crise sanitária ocasionada pela Covid-19.

¹² Governo Bolsonaro só gastou 9% da verba emergencial liberada para vacinas contra a Covid-19 - 13/02/2021 - Equilíbrio e Saúde - Folha (uol.com.br)

¹³ Um evidentíssimo atentado ao princípio da eficiência (art. 37 da Constituição Federal). Uma violação clara, também, ao art. 198, II, da Carta Maior.

¹⁴ Também constitucionalmente relevante, como veremos.

¹⁵ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56255766>

Pois bem. O Presidente, ao descumprir o seu dever constitucional de proteção do bem jurídico saúde pública, justamente no curso da mais grave emergência sanitária da história país, elevou um **risco juridicamente proibido** de morte para pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis e, pelo menos, de lesão corporal para os demais indivíduos.

Houvesse cumprido com o seu dever constitucional, numerosas mortes e lesões corporais produzidas pela Covid-19 teriam sido evitadas com “probabilidade próxima da certeza”. Esse é justamente o critério utilizado pela jurisprudência alemã. Com efeito, o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemão, equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça) parte da consideração de que uma omissão é “causa” de um resultado quando este teria sido evitado através da ação exigida “com probabilidade próxima da certeza” (“*mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit*”)¹⁶.

Claus Roxin explica que, nessa matéria, o Tribunal Federal alemão trabalha com uma inversão lógica do conhecido critério da eliminação hipotética¹⁷, aplicado aos delitos comissivos, para então indagar se o resultado teria sido evitado caso a ação exigida fosse “mentalmente acrescida”. Não se requer a plena segurança, mas apenas a constatação de que a realização da conduta devida teria evitado o resultado “com probabilidade próxima da certeza”. O Tribunal Federal alemão assim sintetiza o seu entendimento:

¹⁶ Sobre a posição do BGH cfr. Roxin, *Strafrecht. AT II*, München, 2003, § 31/44-45; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, Berlin, 1996, pág. 619.

¹⁷ Próprio, como se sabe, da fórmula da *conditio sine qua non*. Os *loci classici* de referência são Glaser, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht I*, Wien, 1858, em especial, pág. 298; von Buri, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860, págs. 15 e ss.; o mesmo, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, págs. 1 e ss.

"Deve-se imputar a realização do resultado ao autor quando a ação omitida não possa ser acrescida mentalmente sem que se suprima o resultado produzido. Deve existir uma probabilidade próxima da certeza de que o resultado, caso fosse realizada a ação omitida, não teria se produzido, ou teria se produzido consideravelmente mais tarde ou em magnitude essencialmente menor"¹⁸.

A jurisprudência italiana majoritária também adota o critério segundo o qual, nos crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios, o resultado pode ser imputado a um autor quando a realização da conduta devida o teria evitado "*con una probabilità vicina alla certezza*"¹⁹.

O Professor Emérito da Universidade de Padova, Roland Riz, resume com notável precisão o critério adotado pela prevalente doutrina e jurisprudência daquele país: "La dottrina e la giurisprudenza prevalenti sono ormai orientate in tale direzione, precisando che il nesso di causalità tra la condotta omissiva di chi riveste la «posizione di garanzia» e l'evento, va ricercato secondo i criteri probabilistici, accertando che sulla base di un alto grado di probabilità (...) la condotta del garante, se fosse stata regolarmente attuata, sarebbe stata in grado di evitare l'evento lesivo"²⁰.

No Brasil, embora a jurisprudência ainda não tenha tomado um caminho seguro, a melhor doutrina nacional também tem adotado o critério acima referido, segundo o qual, repita-se, nos crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios um resultado pode ser imputado a um sujeito quando teria sido evitado através da conduta exigida com "probabilidade próxima da certeza".

¹⁸ BGH, NStZ 1985, 27. Citada por Roxin, *Strafrecht. AT II*, § 31/44.

¹⁹ Assim, Riz, *Lineamenti di Diritto Penale. PG*, 5ª ed., Padova, 2006, pág. 177. Cfr. ademais, Fiandaca/Musco, *Diritto Penale. PG*, 6ª ed., Bologna, 2010, pág. 602.

²⁰ Riz, *Lineamenti di Diritto Penale. PG*, pág. 177, com as devidas referências jurisprudenciais.

Miguel Reale Júnior, por exemplo, ao refletir sobre a omissão imprópria, chama a atenção para a necessidade de se recorrer, na análise do caso concreto, a dados técnicos específicos que compõem a situação, exigindo para a imputação do resultado a comprovação de que a realização da conduta devida o teria evitado com "uma probabilidade ao limite da segurança"²¹. De forma semelhante, Juarez Tavares sustenta que "A causalidade na omissão deve ser aferida conforme a teoria da condição, mas com uma modificação do respectivo processo: não se trata de eliminar a omissão, como pode parecer da leitura da lei, mas a ação mandada (...) Aqui, não é qualquer ação mandada; é a ação que possa orientar o sujeito a se conduzir de conformidade com o dever, ou seja, a ação que, com probabilidade nos limites da certeza, impediria a ocorrência do resultado"²². *Last but not least*, Juarez Cirino dos Santos também considera que "se a realização da ação mandada teria evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza, então o resultado é atribuível ao autor"²³.

Pois bem. Embora a fórmula do "acréscimo mental" tenha inegável valor heurístico, é preciso complementá-la, perquirindo se a realização da ação exigida teria impedido a produção do resultado **de acordo com as leis da natureza**²⁴.

Portanto, a questão que se põe no presente momento é a seguinte: pode-se provar com segurança, e de acordo com as leis da natureza, que centenas de milhares de vidas teriam

²¹ Reale Júnior, *Instituições de Direito Penal*. PG, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2009, pág. 257.

²² Tavares, *Fundamentos de Teoria do Delito*, Florianópolis, 2018, págs. 404-405.

²³ Cirino dos Santos, *Direito Penal*. PG, pág. 213.

²⁴ Sobre a necessidade de se recorrer às leis da natureza já Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, págs 29 e ss. Recentemente, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, pág. 283 e págs. 618-619; Puppe, *ZStW* 92, 1980, pág. 899; Mir Puig, *Derecho Penal*. PG, 7a ed., Barcelona, 2004, pág. 243; Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di Diritto Penale*. PG, Bologna, 2007, págs. 320 e ss., e págs. 364 e ss.

sido salvas, caso o Presidente e outras autoridades tivessem cumprido com o seu dever constitucional de zelar pela saúde pública? A resposta é um retumbante sim.

Com efeito, em impressionante artigo publicado na revista *The Lancet* no dia 22.01.2021, o renomado cientista Pedro Hallal estimava que 156.582 vidas já haviam sido perdidas no país em razão da irresponsável política empreendida pelo Governo Bolsonaro. Em outros termos: à época, 156.582 vidas teriam sido salvas se o Presidente da República e demais autoridades tivessem tomado as providências cabíveis no combate à pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV2). Confira-se o seguinte trecho de sua entrevista:

"Brazil's tragic COVID-19 policy comes with a price. With 211 million people, the Brazilian population represents 2.7% of the world's population. If Brazil accounted for 2.7% of global COVID-19 deaths (ie, performing as the global average in fighting the pandemic), 56311 people would have died. However, by Jan 21, 2021, 212893 people have died from COVID-19. In other words, 156582 lives were lost in the country because of underperformance. Attacking scientists will definitely not help solve the problem"²⁵.

Em nova entrevista concedida no dia 03.03.2021, Pedro Hall voltou a afirmar peremptoriamente que, dos 262 mil óbitos ocorridos até aquela data, **"cerca de 180 mil 'não teriam acontecido caso o Brasil não fosse um fracasso no combate à pandemia'"**²⁶. Em suma: **"três a cada quatro mortes no Brasil pela covid-19 poderiam ter sido evitadas não fosse o**

²⁵ SOS Brazil: science under attack - The Lancet.

²⁶ <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2021/03/mortes-por-covid-19-eram-evitaveis-responsabilidade-bolsonaro/>.

governo federal e o Ministério da Saúde terem um trabalho tão vexatório no enfrentamento da pandemia²⁷.

Não há outra conclusão possível: houvesse o Presidente cumprido com o seu dever constitucional de proteção da saúde pública, seguramente milhares de vidas teriam sido preservadas. Deve, por isso mesmo, responder por tais mortes, em omissão imprópria, a título de homicídio. Deve também, evidentemente, responder, em omissão imprópria, pela lesão corporal de um número ainda indeterminado de pessoas que não teriam sido atingidas caso medidas eficazes de combate à Covid-19 tivessem sido implementadas. Por óbvio, para fins de responsabilização criminal, esse número deve ser apurado.

Pois bem. Mesmo que não fosse possível provar cientificamente que milhares de mortes e lesões corporais poderiam ter sido evitadas com “probabilidade próxima da certeza”, o que se admite apenas para argumentar, é importante assinalar que parte da moderna doutrina considera suficiente, para fins de imputação, que a realização da conduta devida tivesse simplesmente **diminuído o risco de produção de tais resultados**.

Trata-se, a toda evidência, da adequação da conhecida “teoria do incremento do risco” (aplicada no âmbito dos delitos comissivos) para a esfera dos delitos omissivos impróprios ou comissivos por omissão. No âmbito da omissão imprópria ou comissão por omissão, seria mais adequado denominá-la, por razões óbvias, de “teoria da diminuição do risco” (*Risikoverminderungslehre*).

Assim, de acordo com tal corrente doutrinária²⁸, para fins de imputação do resultado, não seria preciso provar que a realização da ação devida teria evitado as milhares de

²⁷ <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2021/03/mortes-por-covid-19-eram-evitaveis-responsabilidade-bolsonaro/>

²⁸ Por todos, Greco, *ZIS* 8-9, 2011, págs. 675 e ss.

mortes ocorridas no país com “probabilidade próxima da certeza”, bastando para tanto **a simples possibilidade de fazê-lo.**

Em termos de imputação subjetiva, parece bastante evidente que o Presidente da República agiu, na melhor das hipóteses, com dolo eventual, ao representar como possível todas essas mortes e lesões corporais (não faltaram alertas diários dos mais conspícuos cientistas do país!), e ao se conformar com elas por absoluta **indiferença**²⁹. Recorde-se, na linha de Claus Roxin, que “a indiferença é um indício seguro de que o sujeito se resignou com o resultado e, portanto, atuou dolosamente”³⁰.

Ora, não é preciso nenhum *sacrificium intellectus* para que se possa demonstrar, em diversas situações, a absoluta indiferença do Presidente com a conjuntura do país. No dia 20.04.2020, ao ser indagado por um jornalista sobre o crescente número de mortes por Covid-19 no Brasil, Bolsonaro respondeu: **“Não sou coveiro”**³¹. Dias depois, em 28.04.2020, ao ser perguntado a respeito do número recorde de óbitos no país, o Presidente retrucou: “E daí?”³². Mais recentemente, veio a público um abstruso vídeo (não há outra expressão!) em que o Presidente imita um doente com falta de ar³³. Abundam evidências de sua indiferença, mesmo quando a situação chegava a limites insuportáveis para a população!

²⁹ Sobre a noção de dolo como “indiferença” cfr. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, págs. 186 e ss. Note-se que a “teoria da indiferença” (*Gleichgültigkeitstheorie*) de Engisch é falha, pois é possível que exista dolo mesmo sem indiferença. Entretanto, sempre que há indiferença há dolo.

³⁰ Roxin, *Strafrecht. AT I*, 4ª ed., München, 2006, § 12/40.

³¹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/20/nao-sou-coveiro-ta-diz-bolsonaro-ao-responder-sobre-mortos-por-coronavirus.ghtml>.

³² <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml>.

³³ https://www.youtube.com/watch?v=g4K_WlfUhuI.

B) DO CRIME DE RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Os fatos anteriormente narrados também configuram crime de responsabilidade do Presidente da República. O art. 85, inciso III da Constituição Federal dispõe que "São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais".

A Lei 1.079/50, anterior à Constituição de 88, porém por ela recepcionada na matéria, define como crimes de responsabilidade do Presidente da República aqueles atos que atentem "(...) contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais" (art. 4º, inciso III). E o art. 7º, inciso 9 da referida lei prevê como crime de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais "violar patentemente qualquer direito ou garantia individual (...) e bem assim os direitos sociais (...)".

Ora, como visto, o Presidente não só violou o seu dever de zelar pela saúde pública (art. 23, inciso II da CF), como também, e em razão disso, conspurcou acintosamente esse direito social fundamental. Não é demais pontuar que o direito à saúde foi inserido no Capítulo II ("**Dos Direitos Sociais**"), do Título II ("**Dos Direitos e Garantias Fundamentais**") da Carta Maior. Em seu art. 6º, lê-se claramente: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

O superlativo apreço da Constituição Federal pelo bem jurídico saúde pública parece indiscutível. A reforçar tal ponto de vista, note-se que, em seu art. 34, inciso VII, alínea "e", a Carta Maior estabelece como uma das hipóteses de

intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal a inobservância da “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e **nas ações e serviços públicos de saúde**”. E, simetricamente, o art. 35, inciso III, estabelece como uma das hipóteses de intervenção dos Estados em seus Municípios a não aplicação do “mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e **nas ações e serviços públicos de saúde**”.

Mais adiante, a Constituição Federal dedica toda uma seção ao precioso bem jurídico em questão, dispondo o seu art. 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”³⁴. Note-se ainda que o art. 198, II, da Carta Maior determina, no âmbito da saúde pública, a prioridade de atividades preventivas, **como é justamente o caso da vacina.**

Uadi Lammêgo Bulos lembra que a Constituição Federal de 88 foi a primeira, em nossa história, a elevar a saúde à condição de direito fundamental, exatamente na linha da Constituição italiana de 1947 e da Carta portuguesa de 1976. Como sustenta convincentemente o ilustre jurista, “Isso revela a preocupação de se constitucionalizar a saúde, vinculando-a à seguridade social, **pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece amparo na Lei Maior.** Por isso, **o estado de higidez do**

³⁴ Parece bastante paradoxal - para dizer o mínimo - que mesmo contando com uma constituição na qual a saúde pública é elevada à condição de bem jurídico fundamental, o Brasil acabe por ocupar o vergonhoso ranking de país com o pior desempenho no combate à Covid. Cfr. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55870630>

indivíduo passou a ser ponto de destaque nas constituições hodiernas³⁵.

Uadi Lammêgo Bulos ainda observa, com admirável perspicácia, que o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações **positivas e negativas**. A **prestação positiva** consiste em tomar medidas preventivas ou paliativas no combate e no tratamento de doenças. A **prestação negativa**, por sua vez, consiste em abster-se de praticar atos de obstaculização ao exercício desse direito fundamental³⁶.

Como revela a distinção analítica traçada por Bulos, o ataque do Presidente da República a esse direito social fundamental deu-se numa dupla dimensão: não somente deixou de zelar pela saúde pública, como também criou uma série de embaraços e obstáculos à sua efetivação.

Recorde-se, por exemplo, que, em 02.07.2020, o Presidente da República vetou 25 (vinte e cinco) dispositivos da Lei 14.019/20, relativos à obrigatoriedade do uso de máscaras em estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, escolas e demais locais fechados em que possa

³⁵ Bulos, *Constituição Federal Anotada*, São Paulo, 2000, pág. 1.170. Numa linha muito próxima, observa certeira Siqueira Castro, *30 anos da Constituição Democrática de 88*, in: *Direito Constitucional e Regulatório - Ensaios e Pareceres*, vol. II, Rio de Janeiro, 2020, págs. 75 e ss.: "(...) as Constituições portuguesa e espanhola serviram de atrativo natural ao constituinte brasileiro, na medida em que se ocuparam em dicção minuciosa de toda sorte de temas e de problemáticas que cativam a sociedade de massas e os ambientes das megalópoles num mundo cada vez mais urbanizado e globalizado. Dentre tantos exemplos figuráveis, haurimos nesses ordenamentos peninsulares a preocupação constitucional quanto à ecologia e ao meio ambiente; à proteção do consumidor; à tutela da imagem e da intimidade; ao direito à informação; ao processo de urbanização e à qualidade da vida nas cidades e no campo; ao papel dos partidos políticos para a democracia pluralista; às formas de exercício direto e não delegado da soberania, através do plebiscito e da iniciativa popular das leis; aos meios de comunicação de massa, muito especialmente no relativo à concessão e ao controle dos órgãos de telecomunicações; ao avanço tecnológico e aos efeitos da automação industrial; à salvaguarda dos materiais e atividades nucleares; aos instrumentos de participação da cidadania nos negócios do Estado; ao sistema educacional, de saúde pública e de seguridade social (...)”

³⁶ Bulos, *Constituição Federal Anotada*, págs. 1.170-1.171. No mesmo sentido, Sarlet, in: Canotilho/Mendes/Sarlet/Streck (Coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 2013, pág. 1.933.

ocorrer aglomeração³⁷. E mais recentemente, por meio da ADI 6764/DF, tentou impedir que Governadores cumprissem com o seu dever de decretar medidas restritivas necessárias ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV2).

Como sempre observa o Ministro Ayres Britto, o crime de responsabilidade caracteriza-se (aí estaria o seu *proprium!*) por um “dar as costas à Constituição”. E, sem dúvida alguma, essa foi a atitude do Governo Bolsonaro ao longo de toda a grave crise pandêmica³⁸.

Em suma: as omissões e ações do Presidente da República ao longo da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV2) são perfeitamente subsumíveis ao tipo prescrito no art. 7º, inciso 9 da Lei 1.079/50, representando um ataque frontal a um dos núcleos da Constituição Cidadã, qual seja, o direito à saúde e, em última instância, à própria vida.

**II - RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO PLANO
INTERNACIONAL POR CRIME CONTRA A HUMANIDADE
(ART. 7º DO ESTATUTO DE ROMA).**

De acordo com o art. 7º (1) do Estatuto de Roma,

“(…) ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under

³⁷ O veto foi derrubado pelo Congresso Nacional em 19.08.20.

³⁸ <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimes-responsabilidade-presidente>

international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health”.

A partir da leitura do tipo penal em questão, indaga-se: acaso uma gestão governamental **deliberadamente atentatória à saúde pública**, que acaba por abandonar a população à própria sorte, submetendo-a a um superlativo grau de sofrimento, não poderia ser caracterizada como um autêntico crime contra a humanidade? Em outras palavras: fundar uma “República da Morte”³⁹ não configuraria tal crime? Parece-nos que sim.

Essa é também a compreensão do eminente Professor de Direito Internacional da *Northwestern University*, David Scheffer, para quem “*political leaders could be tagged as perpetrators of a crime against humanity resulting in tens of thousands of deaths because they intentionally failed to provide timely and widespread testing for the virus, or failed to acquire personal protective equipment for health workers, or failed to order critical social-distancing measures*”⁴⁰.

Aqui é importante insistir num ponto: o Presidente não somente descumpriu o seu dever de zelar pela saúde pública, como também **tentou sistematicamente impedir que medidas adequadas ao combate da Covid-19 fossem tomadas. Há vários exemplos de tentativa de interrupção de cursos causais salvadores empreendidos por outras autoridades.** Recorde-se somente o veto aos 25 (vinte e cinco) dispositivos da Lei 14.019/20 e a ADI 6464/DF. Em suma: os eventos ocorridos

³⁹ A expressão é do advogado Antonio Carlos de Almeida Castro. Cfr. <https://www.poder360.com.br/opiniaio/coronavirus/exterminio-cumplicidade-morbida-por-kakay/>.

⁴⁰<https://www.cfr.org/article/it-crime-mishandle-public-health-response>.

revelam ataques **"generalizados e sistemáticos contra toda a população"**⁴¹.

Todos esses sucessivos atos obstrutivos foram rigorosamente documentados no primoroso estudo coordenado pela eminente Professora Deyse Ventura, e cuja conclusão é a seguinte: estamos diante, a toda evidência, de uma "estratégia institucional de propagação do vírus"⁴².

O referido estudo ainda aponta para o fato de que os seus resultados "afastam a persistente interpretação de que haveria incompetência e negligência da parte do governo federal na gestão da pandemia. Bem ao contrário, a sistematização de dados, ainda que incompletos em razão da falta de espaço para tantos eventos, revela o empenho e a eficiência da atuação da União em prol da ampla disseminação do vírus no território nacional"⁴³.

Em suma: por meio de sistemáticas ações e omissões, o Governo Bolsonaro acabou por ter a pandemia sob seu controle, sob seu domínio, utilizando-a deliberadamente como instrumento de ataque (arma biológica) e submissão de toda a população.

Algumas observações finais relativas à jurisdição do Tribunal Penal Internacional devem ser feitas.

Sabe-se perfeitamente que, à luz do princípio da complementariedade, a atuação do Tribunal Penal Internacional tem caráter subsidiário em relação à jurisdição nacional, pressupondo, por exemplo, a ausência de vontade ou a incapacidade do Estado de conduzir uma investigação ou um

⁴¹ Sobre tal requisito cfr., por exemplo, Schabas, *Unimaginable Atrocities*, Oxford, 2012, pág. 44; o mesmo, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4ª ed., Cambridge, 2011, págs. 110 e ss.

⁴²https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2021/01/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf. No mesmo sentido, Reale Júnior, Estadão, 06.03.21.

⁴³https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2021/01/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf.

procedimento criminal (art. 17. 1, alíneas "a" e "b" do Estatuto de Roma)⁴⁴.

Ora, diante do patente imobilismo do Procurador-Geral da República, mesmo depois de oferecidas numerosas representações (*rectius: notitiae criminis*) a respeito dos gravíssimos fatos narrados⁴⁵, ou está configurada a hipótese de ausência de vontade do Estado em conduzir uma investigação/procedimento criminal, ou está caracterizada a incapacidade de fazê-lo. *Tertium non datur!* Em qualquer caso, entretanto, estará legitimada a atuação do Tribunal Penal Internacional.

A conclusão não poderia ser outra: há fundadas e sobradas razões para que o Presidente da República possa responder, no plano internacional, por crime contra a humanidade.

É o parecer da Comissão.

Min. Carlos Ayres Britto
(Presidente)

Miguel Reale Jr. - Carlos Roberto Siqueira Castro - Cléa Carpi

Nabor Bulhões - Antonio Carlos de Almeida Castro - Geraldo Prado

⁴⁴ Sobre tal questão, Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, págs. 190 e ss., em especial, pág. 193; o mesmo/Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court*, vol. I, 2a ed., Leiden/Boston, 2016, págs. 150 e ss.; Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International I*, Oxford/New York, 2007, págs. 106-107.

⁴⁵ <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2021/03/bolsonaro-e-alvo-de-recorde-de-pedidos-de-investigacao-ckmf3ralc004w01f1gqoe6b0r.html>

Marta Saad - José Carlos Porciúncula - Alexandre Freire