

Reflexões sobre o crime omissivo impróprio e eventual responsabilização penal em virtude da crise do oxigênio no Amazonas

Matheus Borges Kauss Vellasco¹

Resumo: O presente trabalho se propõe a expor os pressupostos de tipicidade objetiva da omissão imprópria, buscando, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, estabelecer suas balizas legais. No passo seguinte, o leitor encontrará breve explicação sobre a intitulada “Crise do Oxigênio”, ocorrida no Amazonas em janeiro de 2021, em meio à pandemia do coronavírus, quando houve o desabastecimento de oxigênio em hospitais do estado. Ao final, far-se-á uma análise jurídica das condutas alegadamente praticadas pelo então Ministro da Saúde em meio à aludida crise, a fim de verificar se, sob um aspecto objetivo, estariam presentes elementos aptos a ensejar uma responsabilização penal por omissão imprópria quanto a um ou mais óbitos em tese decorrentes do desabastecimento de oxigênio.

Palavras-Chave: Omissão Imprópria – Crise do Oxigênio – Tipicidade Objetiva

Abstract: This paper proposes an analysis of the objective assumptions which characterize an improper omission as a crime, seeking to establish its legal boundaries. Thus, the reader will find a brief explanation about the "Oxygen Crisis" which occurred in the state of Amazonas, in January 2021, in the midst of the coronavirus pandemic, when there was a shortage of oxygen in several hospitals in the state. At the end, a legal analysis of the allegedly conducts practiced by the former Minister of Health will be made, in order to verify whether, under an objective aspect, there would be present elements capable of giving rise to criminal liability for improper omission as to one or more deaths resulting from the oxygen shortage.

Key-Words: Improper Omission – Oxygen Crisis – Objective Elements

¹ Advogado, graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 2018. Especializado em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidade Castilla-La Mancha, Espanha, 2019. Mestrando em Direito Penal na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

1. Introdução

Em março de 2020, a pandemia mundial causada pelo coronavírus culminou na decretação de diversas medidas restritivas de circulação no Brasil inteiro, iniciando-se, tal como em outros países, uma quarentena. Ao longo daquele ano e adentrando o ano de 2021, houve diversas problemáticas envolvendo os Poderes Executivo e Judiciário nacionais, bem como entre os próprios entes federativos – União, estados e municípios.

O presente artigo pretende se debruçar especificamente sobre um dos episódios vividos pelo país ao longo do combate à pandemia, qual seja, a crise de oxigênio ocorrida em janeiro de 2021 no Amazonas. Assim, almeja-se, ao longo deste trabalho, fazer uma exposição sobre os pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios para, em seguida, a partir de documentos oficiais, delimitar-se um substrato fático de condutas em tese atribuíveis ao então Ministro da Saúde no manejo da situação.

Ao final, verificar-se-á se tais condutas podem preencher os pressupostos de tipicidade objetiva do delito de homicídio na modalidade omissiva imprópria. Como derradeira advertência, frisa-se que o presente trabalho não fará qualquer análise sobre aspectos subjetivos dos comportamentos que serão analisados. Também não se fará qualquer juízo de valor político ou ideológico-partidário. Delineada esta breve introdução, começa-se a tratar sobre o instituto da omissão imprópria.

2. Linhas Gerais sobre a Omissão Imprópria

O crime omissivo impróprio sempre foi uma pauta tortuosa na dogmática penal. Em breve retrospectiva histórica sobre o tema, não se poderia deixar de mencionar a influência da obra de Feuerbach para o desenvolvimento da responsabilização penal por omissão, na medida em que foi o responsável pela formulação da tese que atribui a indivíduos específicos um dever especial de agir para evitar um determinado resultado.

Segundo Feuerbach, leis extrapenais, públicas ou privadas, teriam o condão de tornar esses indivíduos os chamados “garantes” ou “garantidores” de determinado bem jurídico, sendo-lhes, em tese, punível a omissão na salvaguarda do bem jurídico em questão. (ORDEIG, 1997).²

² Convergindo com esta posição, Jakobs aponta que “Según esta concepción, un deber de realizar actividades que eviten daños, esto es, que conserven el Derecho, presupone algo más que la «obligación originaria», a saber, «un fundamento jurídico especial»; de resaltar es pues que se trata de un fundamento *jurídico*: una obligación con

O fundamento desta posição de garantia evoluiu ao longo do tempo³, caminhando-se até a posição doutrinária atualmente dominante no sentido de que deve haver uma assunção material deste *status* de garantidor (ESTELLITA, 2017).

Sob o aspecto legislativo, o Código Penal prevê, além de crimes omissivos próprios, a omissão imprópria, a teor do disposto em seu art. 13, §2º, que opera uma equiparação valorativa entre ação e omissão em determinadas hipóteses. Ou seja, tanto um “agir” como um “não agir” podem representar uma conduta típica. Não obstante esta equiparação, fato é que os pressupostos de punibilidade das duas modalidades são diferentes (ESTELLITA, 2017).

Com efeito, o aludido dispositivo legal dispõe que serão puníveis aqueles que, podendo e devendo agir para evitar um determinado resultado, omitem-se diante dele. Complementa-se, em suas alíneas, que o dever de agir será oponível àqueles que (i) tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) de outra forma tenham assumido a responsabilidade de impedir o resultado; (iii) ou tenham, com seu comportamento anterior, criado o risco de ocorrência do resultado.

Dessa maneira, Heloisa Estellita, reportando-se a Roxin, Mir Puig e Figueiredo Dias, dentre outros, elenca da seguinte maneira os pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio:

(a) a situação típica; (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento; (c) a causalidade; (d) a imputação objetiva, e, finalmente, (e), a posição de garantidor. (ESTELLITA, 2017, p. 78)

Já no âmbito da tipicidade subjetiva, tem-se a culpa, quando prevista, e o dolo. No entanto, desde já se assinala que o presente artigo não adentrará aspectos relacionados ao elemento subjetivo. Estabelecido este breve panorama, procede-se ao estudo de cada um dos pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios.

carácter de eticidad no basta. Feuerbach menciona como posibles fundamentos especiales una ley o un contrato. Dicho en otras palabras, las violaciones del Derecho activas se encuentran ya en su conjunto prohibidas según la «obligación originaria», pero en cambio, la conservación del Derecho mediante acciones salvadoras se manda sólo en situaciones especiales, y entonces, eso sí, el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición.” (JAKOBS, 2004, p. 105)

³ Até os anos 30 do século passado, o entendimento predominante na Alemanha era de que somente um dever jurídico poderia embasar a posição de garantia, especialmente em virtude do princípio da legalidade. Ocorre que, em dado momento, sob o argumento de que o Direito Penal deveria se “libertar” da influência civilista, doutrina e jurisprudência alemãs passaram a admitir uma assunção fática da posição de garantidor, não só consubstanciada em um dever legal, mas também, por exemplo, em um dever moral e/ou social (ORDEIG, 1997).

3. Análise dos pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios

3.1 Situação típica de risco

A situação típica de risco é o fenômeno que, juridicamente, fundamenta o dever de ação. Ou seja, é ela que torna exigível que o agente atue para evitar a ocorrência do resultado típico⁴. Nesse passo, caracteriza-se a situação típica de riscos quando se configura um perigo de ocorrência do resultado típico⁵, perigo esse que se concretizará caso o agente que possui o dever específico de evitação do resultado não interfira no curso causal por meio de uma ação determinada (ESTELLITA, 2017).⁶

Outrossim, ressalta-se que não é qualquer situação de risco – “risco” aqui entendido no sentido comum da palavra – que terá o condão de configurar essa situação típica exigida na omissão imprópria, mas apenas uma situação em que o tal risco se verifique para além do permitido. Nesse sentido, uma mera inação, desvinculada de uma efetiva situação típica de risco, não será penalmente relevante. (TAVARES, 2018)

A construção doutrinária sobre a situação típica de risco vem sendo acolhida pelos Tribunais brasileiros. É o que se extrai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando exigiu (dentre outros requisitos) a descrição da “situação de risco enfrentada pelo ofendido”⁷ para uma imputação por homicídio doloso praticado por omissão imprópria.⁸

⁴ No ponto, vale ressaltar que a verificação da situação típica de risco não depende do conhecimento do garantidor para inaugurar o seu dever de ação, uma vez que se trata de aspecto objetivo. A ciência ou não desta situação, pelo garantidor, é uma questão a ser tratada na aferição do aspecto subjetivo. (PARDINI, 2019) Dessa forma, ainda no exemplo do afogamento, o desconhecimento do pai quanto ao fato de o filho estar se afogando não descaracteriza a situação típica de risco. Contudo, é evidente que não se trata de circunstância irrelevante, uma vez que, além de determinante para aferição do aspecto subjetivo, também poderá influenciar diretamente na análise da capacidade de ação do indivíduo.

⁵ Ilustrando com um exemplo: se um homem vai à praia com seu filho de seis anos de idade – com quem, evidentemente, possui um dever de proteção – e seu filho mergulha no mar e passa a se afogar, verifica-se uma situação típica de risco, na qual ao pai é imposta a execução de uma determinada ação salvadora.

⁶ Em termos semelhantes, Juarez Tavares entende que “a situação típica omissiva engloba todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à inação e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, com vistas ao perigo ou à lesão ao bem jurídico”. (TAVARES, 2018, p. 355).

⁷ RHC 46.823/MT, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016. No mesmo sentido: HC 94.543/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2009, DJe 13/10/2009.

⁸ Convergindo com este entendimento, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgado relacionado a um Habeas Corpus impetrado no bojo da ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822, que julga os fatos relacionados ao rompimento da barragem do Fundão, em Mariana/MG, ocorrido em 5 de novembro de 2015, entendeu que “[O] dever de garantia nos crimes omissivos impróprios somente surge com a identificação objetiva e precisa da situação de risco ou perigo efetivos ao bem jurídico protegido, a ser apontados em termos

Parece, portanto, haver um entendimento consonante entre doutrina e jurisprudência no que se refere ao conceito, contornos e repercussão da situação típica de risco na configuração dos delitos omissivos impróprios.

3.2 A omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento

De antemão, esclarece-se que, ao falar-se dos crimes omissivos, não se está a falar de uma omissão genérica, ou seja, um mero não fazer. A omissão deverá ser quanto à realização de uma determinada conduta ativa (SCHUNEMANN, 2008).⁹ Assim, na imputação de um delito omissivo impróprio, é essencial que seja especificamente identificada a conduta que deveria ter sido praticada (GÓMEZ-ALLER, 2012), sob pena de se inviabilizar o exame de causalidade¹⁰, na medida em que não haverá acusação certa dirigida ao possível omitente (ESTELLITA, 2017).

Nesse passo, malgrado o presente trabalho não tenha a pretensão de se aprofundar quanto a aspectos processuais, é inevitável concluir que qualquer denúncia omissa na descrição da exata ação omitida será reputada inepta, pois não atenderá ao comando legal previsto no art. 41 do Código de Processo Penal. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a inépcia formal de uma denúncia falha nesta descrição¹¹.

Prosseguindo, a teor do que dispõe o art. 13 do Código Penal, a omissão será penalmente relevante somente quando o agente “podia agir para evitar o resultado”. Este “podia” insculpido na redação legal deve ser interpretado como a capacidade físico-real do indivíduo de realizar a conduta mandada, devendo-se analisar o caso concreto para apurar se o agente, nos limites das

de tempo e circunstâncias, com a indicação do momento em que a providência deveria ser adotada para impedir o resultado, no caso, o rompimento da barragem.”

⁹ Também nesse sentido: “(...) en Derecho Penal el delito de omisión es un concepto transitivo que consiste no en un mero no-hacer, sino en omitir la ejecución de una acción que podría haber evitado el resultado, y cuya producción aparece como consecuencia de la acción de un tercero (por ejemplo, el padre va a lesionar al bebé, y la madre no evita la conducta punible de aquél) o de un proceso de la naturaleza (por ejemplo: al paciente se le ha diagnosticado una peritonitis, y el cirujano no realiza la acción de intervenirle quirúrgicamente).” (ORDEIG, 2016, p. 249)

¹⁰ É que, se não se sabe precisamente o que o garantidor deveria ter feito para salvaguarda do bem jurídico em apreço, é consectário lógico que a eventual relação de causalidade entre a omissão e o resultado tido como típico não poderá ser aferida, pois não se saberá se a ação seria suficiente para evitar a afetação típica do bem jurídico.

¹¹ “(...) 3. Nas imputações pela prática de crime comissivo por omissão, para que se configure a materialidade do delito, é imprescindível a descrição da conduta (omitida) devida, idônea e suficiente para obstar o dano ocorrido. (...)” STJ. RHC nº 39.627/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 30/04/2014.

suas habilidades, teria condições de realizar a ação exigida para resguardar o bem jurídico. (ESTELLITA, 2017).

Assim, é certo que se não houver uma possibilidade real de atuação¹² por parte do agente, a conduta será considerada atípica. Ou seja, constatando-se que o indivíduo, mesmo atuando da maneira mais diligente possível, não teria evitado o resultado, não lhe será imputável o delito omissivo impróprio¹³.

Também é importante ressaltar que a análise desta capacidade não se dá somente sob o aspecto físico, mas também sob um aspecto jurídico/normativo. Apesar de haver alguns casos em que a análise da possibilidade jurídica de ação¹⁴ (ou capacidade normativa¹⁵) não se revela tão importante, quando se trata de âmbitos regulados este aspecto é essencial, mormente no que toca à definição do conteúdo do dever de ação.

É que, nos âmbitos juridicamente regulados (como uma empresa), pode ser que uma determinada conduta não esteja inserida no raio de atuação normativa de um determinado agente. Demonstra-se com um exemplo, reportando-nos mais uma vez à obra de Heloisa Estellita: se um determinado conselheiro de uma empresa toma conhecimento da iminência da prática de um delito por parte de um empregado, mas não possui a prerrogativa de demiti-lo, apenas de reportar o fato ao Conselho, esta será a conduta exigível, não podendo a ordem jurídica lhe demandar uma conduta em uma seara (penal) vedando-a em outra (societária). (ESTELLITA, 2017, p. 249)

Sendo assim, conclui-se que (i) deve ser identificada uma conduta determinada omitida pelo agente, não sendo cabível a imputação de uma omissão genérica; (ii) a conduta deverá ser possível ao agente, sendo certo que esta possibilidade deverá ser analisada sob um prisma normativo e empírico¹⁶.

¹² Ilustra-se tais critérios com o seguinte cenário hipotético: se um pai se depara com uma situação na qual seu filho recém-nascido começa a ter dificuldades para respirar, mas desconhece qual ação de salvamento adotar por se tratar de um problema de saúde complexo, aquém dos conhecimentos básicos de primeiros socorros, não lhe será exigível nenhuma conduta médica específica, mas apenas que busque ajuda, ligando para um telefone de emergência ou procurando uma unidade médica, por exemplo. Se, por outro lado, o próprio pai for médico e tiver condições técnicas de identificar e realizar a ação necessária para ajudar seu filho, deverá fazê-lo, sob pena de ser responsabilizado penalmente pela não evitação de eventual resultado típico.

¹³ A contrario sensu, nas palavras de Pierpaolo Bottini, o resultado somente “será imputável à omissão se constatado que a ação esperada normativamente impediria a sua ocorrência”. (BOTTINI, 2018, p. 139)

¹⁴ Conceito utilizado por Heloisa Estellita. (ESTELLITA, 2017, p. 246 e seguintes).

¹⁵ Conceito utilizado por Juarez Tavares. (TAVARES, 2018, p. 354)

¹⁶ Segundo Juarez Tavares, “Sem as qualificações normativas, o empírico perde relevância porque ficará atrelado a uma fase pré-típica; ademais, no tocante à omissão, que se vincula a uma conduta devida, portanto a um dever de agir, não pode o empírico ser tomado exclusivamente em face de possibilidade e impossibilidade física, senão

3.3 Causalidade

No âmbito dos delitos omissivos impróprios, fala-se principalmente em duas teorias da causalidade: (i) a da evitabilidade, segundo a qual a omissão somente poderá ser tida como causa do resultado típico caso a ação omitida tivesse o condão de evitar o aludido resultado com probabilidade em limites próximos ao da certeza e; (ii) da diminuição dos riscos, segundo a qual a causalidade estará demonstrada se a ação omitida pudesse, ao menos, criar uma chance de salvamento do bem jurídico.

Nota-se que, tanto internacional¹⁷ quanto nacionalmente¹⁸, a doutrina majoritária acolheu a teoria da evitabilidade. Em oposição que merece destaque¹⁹, tem-se o posicionamento de Ingeborg Puppe²⁰.

Ilustrando as diferenças com um exemplo que a própria autora utiliza, imaginemos que um homem está se afogando em um rio e outro indivíduo pode arremessar um colete salva-vidas em sua direção, para que não se afogue. Para Puppe, caso este indivíduo não o faça - ainda que houvesse a possibilidade de que a correnteza do rio impedisse que o colete chegasse até o homem que estava se afogando -, deixará de iniciar um curso causal salvador, sendo possível a responsabilização penal por omissão (PUPPE, 2019). Por outro lado, para a doutrina dominante, *a priori*, o resultado não lhe seria imputável, pois não se poderia garantir, com probabilidade próxima à certeza, que o colete chegaria ao seu destinatário.

também normativa. Só quando se confronta com o normativo é que a capacidade de agir pode justificar um juízo acerca da idoneidade e necessidade da ação devida.” (TAVARES, 2018, p. 354).

¹⁷ Para Enrique Gimbernat, “la doctrina dominante nos ofrece una fórmula de precisión casi matemática para determinar cuándo se le debe imputar al garante el resultado típico sobrevenido, a saber: ‘cuando su acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad (o en la certeza), hubiera evitado el resultado’”¹⁷ (ORDEIG, 2013, p. 80), entendimento este compartilhado por Schunemann, para quem “sólo se puede hablar de la evitación de la lesión de un bien jurídico si la realización por parte del autor de la acción de salvamento hubiera llevado al rescate del bien jurídico con una probabilidad rayana en la certeza”¹⁷ (SCHUNEMANN, 2008, p. 1614). No ponto, ressalta-se que a jurisprudência alemã igualmente adota a teoria da evitabilidade. (GRECO, 2018, p. 22)

¹⁸ Além do posicionamento de Juarez Tavares, exposto adiante, destaca-se:

“Ressalte-se que do ponto de vista probatório a relação de não impedimento exige que se discuta se a conduta omitida, no caso concreto, teria evitado o resultado. Tratando-se de um juízo hipotético, a resposta positiva somente irá surgir caso se funde em certeza ou em alta probabilidade, próxima da certeza.” (SOUZA e JAPIASSÚ, 2018, p. 247)

¹⁹ Igualmente a favor da teoria da diminuição dos riscos é o posicionamento de Luís Greco (GRECO, 2018, p. 24-40).

²⁰ “Para a doutrina dominante, para a qual a causa é uma condição necessária para a ocorrência do resultado, um curso causal só será salvador quando apto a impedir toda e qualquer possibilidade de causação do resultado. Para nós, o curso já será salvador quando puder evitar o curso causal de um resultado determinado no mundo, para o qual constitui assim uma condição perturbadora” (PUPPE, 2019, p. 45).

Analisando a causalidade no ordenamento jurídico interno, é sabido que se adota a teoria da equivalência das condições. No que tange aos delitos omissivos, contudo, não se pode atribuir causalidade material entre a omissão e o resultado, pois, sob o aspecto naturalístico, uma inação não poderá levar a resultado algum. Assim, a doutrina definiu a causalidade na omissão imprópria a partir de um critério normativo, verificando-se como fator precípua à responsabilização penal uma causalidade jurídica atinente à não evitação do resultado, e não à sua direta causação (SOUZA e JAPIASSÚ, 2018).

Com efeito, Juarez Tavares opina no sentido de que a mera diminuição de riscos não seria suficiente para se verificar a causalidade na omissão, igualmente filiando-se à corrente que exige a demonstração de que a conduta de salvamento teria evitado o resultado típico com probabilidade nos limites da certeza (TAVARES, 2018)²¹.

No ponto, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça ora se posiciona no mesmo sentido da doutrina majoritária, reconhecendo que a causalidade somente se verifica quando a conduta omitida teria o condão de evitar o resultado *com “alto grau de probabilidade”*²² da evitação do resultado, ora se posiciona de maneira menos precisa, indicando que deve haver apenas *“certo grau de probabilidade”*²³.²⁴

3.4 Imputação Objetiva

Em linhas gerais²⁵, ensina Roxin que, quanto à teoria da imputação objetiva, há alguns pressupostos basilares, quais sejam: (i) criação do risco proibido e (ii) realização deste risco

²¹ Para o autor, haveria dois critérios para definição da causalidade na omissão imprópria: um elemento funcional-normativo, vinculado ao conteúdo da norma mandamental; outro elemento empírico, que diz respeito à realidade fática do caso concreto que se analisa. Assim, sugere que “em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inoccorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico”. (TAVARES, 2018, p. 368 e ss.).

²² REsp 1438363/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 23/05/2014; RHC 39.627/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 30/04/2014.

²³ RHC 120.187/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021; RHC 35.883/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013

²⁴ A estipulação numérica do que vem a ser “alto” ou “certo” grau de probabilidade é tormentosa e indefinida, extrapolando o escopo do presente do trabalho, motivo pelo qual nos contentaremos com a conclusão de que a teoria da evitabilidade é, atualmente preponderante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, muito embora, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pareça haver certa imprecisão conceitual em relação ao aspecto da probabilidade.

²⁵ É sabido que há extensos e variados trabalhos sobre a imputação objetiva e seus desdobramentos na teoria do delito. Desde já, assinala-se que o presente artigo não tem a pretensão de esmiuçar o tema, mas apenas pontuá-lo como um dos pressupostos para a tipicidade objetiva na omissão imprópria.

proibido criado (iii) dentro do alcance normativo do tipo, acrescentando-se, ainda, a exclusão da imputação objetiva nas hipóteses de autocolocação em perigo por parte da vítima (princípio da autorresponsabilidade) (ROXIN, 2002). Outra interessante perspectiva da imputação objetiva é a de Jakobs, para quem a hipótese-base da teoria enuncia que a conduta deverá ser analisada dentro de um contexto social. Dessa maneira, o comportamento ilícito não poderá ser aferido somente a partir de uma observação isolada do indivíduo e da norma, mas sempre deverá levar em conta as regras e o contexto social em torno da conduta. (JAKOBS, 2004)

Esta definição se mostra pertinente ao presente trabalho pois, conforme desenvolve sua premissa, o autor concebe um fundamento comum à imputação objetiva e aos delitos omissivos, qual seja, a responsabilidade em virtude de uma organização²⁶. Isto porque, em ambos – imputação objetiva e omissão imprópria –, a responsabilidade não poderá ser extraída apenas com base em dados naturalísticos, mas sim de maneira normativa, de modo que o contexto social em que a conduta é praticada será determinante para a avaliação de tipicidade²⁷.

Noutro giro, malgrado ainda não se veja uma discussão profunda sobre a teoria da imputação objetiva na jurisprudência brasileira, fato é que o Superior Tribunal de Justiça²⁸ vem reconhecendo-a como parâmetro para verificação da tipicidade. Sendo assim, crê-se na assertiva de que a imputação objetiva deverá ser considerada um pressuposto de tipicidade na omissão imprópria.²⁹

Transformando em exemplos: ainda que uma determinada obra possua inconformidades técnicas que elevem o seu risco além do permitido, não será imputável ao seu engenheiro

²⁶ Nesse sentido, entende o autor que “*las posiciones de garante no son otra cosa sino un caso de imputación objetiva conocido desde hace tiempo*” (JAKOBS, 2004, p. 87).

²⁷ Nas palavras de Pierpaolo Bottini, “nem sempre a existência de um resultado lesivo e da inatividade do garante significam a responsabilidade desse último.” (BOTTINI, 2018, p. 136)

²⁸ RHC 80.142/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017; AgRg no REsp 1243193/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 31/05/2012; HC 68.871/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 05/10/2009; REsp 822.517/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 697;

²⁹ Sobre as limitações que a imputação objetiva traz à omissão imprópria, Jakobs entende que “[P]odemos por tanto afirmar que nadie es garante de evitar incluso aquellas consecuencias de una acción (!) que se encuentren fuera del campo de lo objetivamente imputable. Todas las posiciones de garante en virtud de una competencia por organización en los delitos de omisión se pueden limitar igualmente mediante la reglas que fueron expuestas de la imputación objetiva en los delitos de comisión. Así, nadie tiene en virtud de ingerencia que impedir daños que se encuentren dentro del riesgo permitido. El paralelismo se extiende todavía más: como consecuencia de la total homogeneidad de ambos ámbitos, de la teoría de la imputación objetiva y de la de las posiciones de garantía, los criterios sobre las posiciones de garante que han sido desarrollados para los delitos de omisión pueden y deben extenderse también al ámbito de la comisión.” (JAKOBS, 2004, p. 87)

responsável o desabamento da estrutura que se dê por um terremoto avassalador e imprevisível, que comprovadamente causaria o acidente independentemente das referidas inconformidades.

Por fim, se dois carros trafegam à noite, um atrás do outro, com os faróis desligados em uma rodovia sem iluminação, sobrevindo uma colisão do primeiro carro com um terceiro carro que vem na direção oposta, causada justamente por conta do fato dos dois primeiros veículos não trafegarem com os faróis acesos, os resultados típicos advindos da colisão não poderão ser imputados ao segundo carro, somente ao primeiro³⁰, já que, quanto ao segundo, o resultado se deu fora do alcance normativo do tipo.

3.5 Posição de Garantidor

Por derradeiro, passa-se à análise da posição de garantidor, ou seja, busca-se constatar se o agente seria destinatário de um dever específico de evitação do resultado. Como visto, o art. 13, §2º, do Código Penal oferece os parâmetros legais para a verificação deste dever, que caberá àqueles que detenham a obrigação legal de evitação do resultado, ou que tenham assumido a responsabilidade de impedi-lo, ou, por fim, que tenham, com sua prévia atuação, criado o risco de ocorrência do resultado.

De antemão, é importante ressaltar que o ordenamento brasileiro não acolheu a teoria dos deveres formais³¹, ou seja, a análise deste dever específico de evitação de um resultado deve, necessariamente, ser realizada a partir de uma *fundamentação material*³², especialmente em virtude dos princípios da legalidade e da igualdade³³.

Reportando-nos a um clássico exemplo, imagine-se o caso de uma babá contratada para cuidados de um recém-nascido. Se, durante o seu expediente, seu contrato é rescindido, e após, abandona-se o bebê, que, desamparado, vem a óbito, não se poderá alegar que o contrato foi

³⁰ Adaptação do exemplo dos ciclistas de Roxin. (ROXIN, 2002, p. 18)

³¹ Segundo esta teoria, “qualquer dever extrapenal de salvamento ou de vigilância seria apto a fundamentar uma posição de garantidor, ou, em outras palavras, todo aquele que estivesse formalmente em uma posição à qual são atribuídos deveres de cuidado, proteção ou vigilância, seriam, somente em virtude do dever extrapenal, garantidores” (ESTELLITA, 2017, p. 83). Tal teoria, a toda evidência, não se coaduna com um Direito Penal no qual a responsabilidade deverá ser imputada não só objetiva, mas também subjetivamente.

³² A necessidade de um conteúdo material da posição de garantidor também é exposta por Juarez Tavares, que se reporta a dois grandes grupos: (a) os garantes em especial posição de defesa de certos bens jurídicos e (b) os garantes em virtude de uma responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo. (TAVARES, 2018)

³³ O primeiro, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, aplica-se aqui como garantia da não configuração da posição de garantidor com base exclusivamente em normas extrapenais, ou seja, a norma incriminadora no caso da omissão imprópria deverá sempre fundamentar-se na interpretação conjunta de um tipo penal e do art. 13, §2º, do Código Penal. Já o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, caput da Constituição Federal, dá ensejo à necessidade de se fundamentar materialmente a posição de garantidor a fim de que a omissão possa, de fato, ser equiparada à ação em termos de gravidade da conduta (ESTELLITA, 2017).

rescindido como argumento para exclusão da posição garantidor. Isto porque, mesmo não havendo uma relação contratual no momento do abandono, a babá ainda exercia controle material sobre a vulnerabilidade do bebê, estando incumbida, como garantidora, de praticar as ações cabíveis para resguardá-lo.

Na jurisprudência, vale destacar julgado do Superior Tribunal de Justiça³⁴ que, apesar de inicialmente reconhecer a inexistência de um dever de garantidor nos moldes da alínea “a” do art. 13, §2º do Código Penal, entendeu que esta posição teria sido faticamente assumida pela acusada – amoldando-se, nos dizeres do Tribunal, às alíneas “b” e/ou “c” – de modo que a ela foi atribuído o papel de garante.

Finda a exposição dos pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio, passa-se à delimitação dos fatos que serão objeto de posterior análise jurídica.

4. Delimitação Fática

Inicialmente, pontua-se que o acesso aos documentos relacionados ao caso encontra-se consideravelmente restrito. Todavia, alguns documentos foram publicizados, dentre os quais se destaca uma petição apresentada pela Advocacia-Geral da União nos autos da ADPF nº 756, bem como uma representação do Ministério Público Federal ao Supremo Tribunal Federal para instauração de inquérito em desfavor do então Ministro da Saúde. Serão esses os documentos que nortearão a delimitação fática que ora se propõe.

4.1 Contextualização da Crise do Oxigênio em Manaus

Em síntese, a intitulada Crise do Oxigênio consistiu no colapso³⁵ do sistema de saúde do estado em meio ao combate à pandemia do coronavírus, tendo como ponto mais crítico a

³⁴ HC 603.195/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 16/10/2020. Sem que se faça juízo de valor sobre a decisão, parece-nos que o Tribunal buscou um substrato material para definir a posição de garantidor no caso, convergindo com o critério estabelecido pela doutrina.

³⁵ Segundo dados da Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas, divulgados pelo G1, desde o mês de agosto de 2020 o estado vinha registrando um aumento no número de internações por COVID-19. Diante desse cenário, bem como com a aproximação das festividades de final de ano, o Governo do estado chegou a decretar algumas medidas de restrição de circulação no dia 23 daquele mês, flexibilizando-as, todavia, no dia 28 subsequente. O cenário presenciado no mês de dezembro ganhou contornos ainda piores no mês de janeiro de 2021. Dados do “16º Boletim de Situação Epidemiológica de COVID-19 e da Síndrome Respiratória Aguda Grave No Amazonas” apontam para uma significativa ascensão no número de internações e de óbitos vinculados ao coronavírus, além de um aumento expressivo na ocupação de leitos clínicos e de UTI nas redes pública e privada. <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/12/27/manaus-tem-alta-de-28percent-no-numero-de-internacoes-por-covid-19-em-dezembro.ghtml>. Acesso em 17/06/2021
<https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.234-de-23-de-dezembro-de-2020.pdf>. Acesso em 17/06/2021.

falta de oxigênio para tratamento da doença, o que possivelmente teria contribuído para a ocorrência de óbitos, segundo noticiado pela imprensa³⁶ e exposto pelo Ministério Público do Amazonas em uma ação civil pública³⁷.

Esta situação levou ao ajuizamento de outras ações civis públicas com o fito de garantir o fornecimento de oxigênio e resguardar a vida dos pacientes internados³⁸, destacando-se a ação³⁹ conjunta proposta pelo Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público de Contas (MPC), a Defensoria Pública da União (DPU) e a Defensoria Pública do Estado do Amazonas (DPE-AM) em face da União e do estado do Amazonas, cuja causa de pedir remete ao desabastecimento de oxigênio.

Vê-se, então, a partir das diversas ações ajuizadas pelos órgãos competentes, números oficiais e informações veiculadas pela imprensa que, no mês de janeiro de 2021, houve um aumento robusto do número de casos identificados, internações e óbitos no estado do Amazonas em decorrência do coronavírus. E foi justamente em meio a este cenário que houve o

<https://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Decreto-n.-43.236-de-28-de-dezembro-de-2020.pdf>. Acesso em 17/06/2021.

https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/boletim_covid_16.pdf. Acesso em 17/06/2021.

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/01/22/em-21-dias-manaus-tem-mais-enterros-por-covid-19-do-que-todo-o-ano-de-2020>. Acesso em 17/06/2021.

³⁶ <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-01-15/morrer-sem-oxigenio-em-uma-maca-em-manaus-a-tragedia-que-escancara-a-negligencia-politica-na-pandemia.html>. Acesso em 13/06/2021.

[Médicos e familiares de pacientes descrevem colapso com falta de oxigênio em Manaus; leia relatos | Amazonas | G1 \(globo.com\)](https://g1.globo.com/brasil/noticia/2021/01/13/medicos-e-familiares-de-pacientes-descrevem-colapso-com-falta-de-oxigenio-em-manaus-leia-relatos-amazonas-g1.globo.com). Acesso em 13/06/2021.

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/01/hospital-de-manaus-confirma-quatro-vitimas-e-nega-morte-de-ala-inteira-de-pacientes.shtml>. Acesso em 18/06/2021.

³⁷ <https://www.mpam.mp.br/attachments/article/13855/Manacapuru%20ACP%20ok.pdf>. Acesso em 18/06/21.

Trata-se de petição inicial elaborada pelo Ministério Público do Estado do Amazonas para ajuizamento de uma ação civil pública em face do Estado do Amazonas, cujo objeto é “garantir o regular, suficiente e necessário fornecimento de oxigênio às unidades de saúde do Município de Manacapuru, com vistas a resguardar a vida dos pacientes internados, diante da gravidade do segundo pico da pandemia do COVID-19 no Estado do Amazonas”. Segundo aduziu o Parquet, reportando-se a um ofício da Prefeitura de Manacapuru, a ausência de oferta do oxigênio em quantidade suficiente “resultou em 07 (sete) óbitos no Município de Manacapuru, no dia 14 de janeiro de 2021.”

³⁸ Cita-se como exemplos: o processo nº 0600043-80.2021.8.04.6300, movido pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público em face do Estado do Amazonas, cujo objeto é “a defesa do direito à vida e à saúde da população de Parintins/AM, devido aos excessos de casos de COVID-19.”; ação civil pública ajuizada pelas Promotorias de Justiça de Coari, cuja inicial está disponível no link:

<https://www.mpam.mp.br/attachments/article/13879/ACP%20-%20Oxig%C3%AAnio%20-%20Coari.pdf> e; ação civil pública ajuizada pela Promotoria de Justiça de Autazes, cuja inicial está disponível no link:

<https://www.mpam.mp.br/attachments/article/13850/Ac%CC%A7a%CC%83o%20Civil%20Pu%CC%81blica%20OXIGENIO%20AUTAZES-AM-3.pdf>. Acesso em 21/06/2021.

³⁹ Ação distribuída sob o nº 1000577-61.2021.4.01.3200.

desabastecimento de oxigênio nos hospitais, um dos insumos mais importantes para o tratamento da doença.

Estabelecido este contexto, passa-se a analisar, com enfoque na atuação do Ministério da Saúde, os fatos que antecederam esta crise.

4.2 Fatos Precedentes à Crise do Oxigênio e a Atuação do Ministério da Saúde

Este tópico destina-se à identificação das informações e fatos que antecederam a Crise do Oxigênio no estado do Amazonas, mormente no que tange às ações (ou omissões) do Ministério da Saúde. Como brevemente adiantado, os documentos utilizados como base principal para esta análise serão uma petição apresentada pela Advocacia-Geral da União nos autos da ADPF nº 756 e uma representação feita pelo *Parquet* Federal para instauração de inquérito em desfavor do então Ministro da Saúde.

4.2.1 Petição Apresentada pela Advocacia-Geral da União (AGU) nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 756

De antemão, é importante contextualizar o procedimento e o momento no qual esta petição foi apresentada pela AGU. A ADPF foi ajuizada em 23 de outubro de 2020 por cinco partidos políticos⁴⁰ a fim de que fossem adotadas providências pertinentes à aquisição de doses de vacina. Dentre os andamentos da ação, destaca-se a decisão liminar proferida em 15 de janeiro de 2021, que, considerando a situação de colapso da saúde em curso no estado do Amazonas, determinou a adoção de diversas providências ao Governo Federal, dentre as quais a apresentação de um plano para enfrentamento da situação de emergência vivida no estado do Amazonas.

Foi em atendimento a esta decisão que a AGU protocolizou petição informando sobre as ações até então implementadas pela União. Segundo informado nesta petição, desde a última semana de dezembro de 2020 o Ministério da Saúde estaria ciente do aumento significativo de hospitalizações em Manaus, deliberando pelo envio de uma comitiva à cidade no início de 2021, quando haveria uma análise das providências cabíveis. Esta análise, ainda segundo a petição, foi feita em reuniões realizadas nos dias 03 e 04 de janeiro de 2021, sendo exaradas as seguintes conclusões:

⁴⁰ Partido Comunista do Brasil – Pcdob, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Socialista Brasileiro – PSB e Cidadania.

- há possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, devido à falta de recursos humanos para o funcionamento dos novos leitos;
- há deficiência na resolutividade da atenção primária, por não estarem utilizando as orientações de intervenção precoce para Covid-19, conforme orientações do MS;
- há dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos;
- há dificuldades na contratação de profissionais com habilitação para atuação nas UTIs;
- há necessidade de estruturação de leitos de UTI com celeridade para atendimento aos pacientes que já demandam internação, constatada pela alta ocupação dos leitos dos serviços de urgência e emergência (salas rosas e vermelhas) - taxa de ocupação atual de 89,1%; e
- estima-se um substancial aumento de casos, o que pode provocar aumento da pressão sobre o sistema, entre o período de 11 a 15 de janeiro, em função das festividades de Natal e réveillon.

Prosseguindo, a AGU informa que foi concebido pelo Ministério da Saúde o “*Plano Manaus*”, com diretrizes voltadas à normalização do atendimento à saúde⁴¹. Na sequência, expõe-se uma informação importantíssima, qual seja, a de que “*o Ministério da Saúde não havia sido informado da crítica situação do esvaziamento de estoque de oxigênio em Manaus, ciência que se operou em 8 de janeiro*”⁴². Logo após, foi apresentada tabela indicando a entrega de oxigênio na cidade a partir do dia 12 de janeiro.

⁴¹ Destacou-se as seguintes diretrizes:

- “c. Secretaria de Atenção Primária à Saúde (SAPS) - Apoiar o funcionamento adequado e oportuno dos serviços de atenção primária para atendimento ao aumento de contingente de casos de Síndrome Gripal e monitoramento dos pacientes com necessidade de isolamento. - Auxiliar no provimento médico emergencial para a APS por meio do Programa Mais Médicos pelo Brasil. (...) d. Secretaria de Atenção Especializada à Saúde (SAES)
- Apoiar o funcionamento adequado e oportuno da organização da rede de atenção para atendimento ao aumento de contingente de casos de SG, SRAG e da infecção humana por SARS-CoV-2. - Apoiar a ampliação de leitos, reativação de áreas assistenciais obsoletas, ou contratação de leitos com isolamento para o atendimento dos casos de SG, SRAG/Covid-19.
 - Orientar a organização da rede de atenção à saúde para disponibilidade de UTI que atenda a demanda de cuidados intensivos para casos graves, garantido adequado isolamento dos pacientes no período da pandemia. - Apoiar os gestores locais na aquisição de medicamentos para intubação orotraqueal de pacientes com quadro de SRAG/Covid-19 graves em situações de desabastecimento.”

⁴² Em depoimento à intitulada “CPI da Covid”, o Sr. Eduardo Pazuello divergiu do quanto alegado pela AGU, informando que tomou conhecimento da crise do oxigênio somente em 10 de janeiro. <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/05/4925537-pazuello-contradiz-agu-sobre-data-que-soube-da-crise-de-oxigenio-em-manaus.html>. Acesso em 22/06/2021

Outras depoentes, contudo, alegaram que o então Ministro da Saúde teria tomado ciência em data anterior (07 ou 08 de janeiro), em consonância com a petição apresentada pela AGU.

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/25/secretaria-contradiz-pazuello-e-diz-que-ex-ministro-soube-de-crise-do-oxigenio-no-am-dois-dias-antes.ghtml>. Acesso em 22/06/2021

<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/06/ex-secretario-manaus-desmente-pazuello-falta-oxigenio/>. Acesso em 22/06/2021

Desta narrativa, é importante destacar três marcos temporais: (i) o da última semana de dezembro, quando se verificou o “*aumento significativo de hospitalizações*”; (ii) as reuniões realizadas nos dias 03 e 04 de janeiro, nas quais foi constatada a “*possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias*”, bem como as “*dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos*”; (iii) data da alegada ciência do Ministério da Saúde quanto à situação crítica de esvaziamento do estoque de oxigênio em Manaus – dia 08 de janeiro de 2021.

4.2.2 Representação Ministerial para Instauração de Inquérito em desfavor do Sr. Eduardo Pazuello

Após a agremiação política Cidadania protocolizar, em 15 de janeiro de 2021, uma representação⁴³ em face do, à época, Ministro da Saúde o Ministério Público Federal apresentou petição ao Supremo Tribunal Federal requerendo a instauração de inquérito em desfavor do então Ministro da Saúde. Em resposta à representação, o *Parquet* indica que foi encaminhado ofício à Procuradoria-Geral da República, anexando duas centenas de documentos.

Da análise do material, o *Parquet* federal teceu algumas considerações. Inicialmente, destacou-se que, apesar de informado sobre o aumento de casos desde dezembro, o Ministério da Saúde teria enviado uma comitiva apenas no início de janeiro.

Na sequência, chama-se atenção ao documento intitulado “*Ações Emergenciais Decorrentes do Agravamento dos casos de Covid-19 no Estado do Amazonas – Plano Manaus*”, datado de 06 de janeiro e alegadamente subscrito pelo então Ministro da Saúde, no qual foi constatada a possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde e estimado um aumento substancial dos casos.

O referido documento também menciona que a ciência quanto ao desabastecimento de oxigênio, por parte do Ministério da Saúde, se deu no dia 08 de janeiro, indicando-se que “*aparentemente*” a única ação desencadeada foi a realização de visita às instalações da empresa que fornecia oxigênio em Manaus, bem como “*do reconhecimento, na mesma empresa, das obras onde será instalada uma nova planta*”.

⁴³ Aponta-se na representação a suposta prática do delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, bem como de alegada prática de ato de improbidade administrativa, descrito no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92.

Ainda se reportando ao ofício recebido, o *Parquet* aponta que a entrega de oxigênio começou apenas no dia 12 de janeiro, ou seja, quatro dias depois da alegada ciência do Ministério da Saúde quanto ao desabastecimento de oxigênio.

Ao final, aduz o ilustre Procurador-Geral da República que:

considerando que a possível intempestividade nas ações do representado, o qual tinha dever legal e possibilidade de agir para mitigar os resultados, pode caracterizar omissão passível de responsabilização cível, administrativa e/ou criminal, mostra-se necessário o aprofundamento das investigações a fim de se obter elementos informativos robustos para a deflagração de eventual ação judicial.

Ao que parece, vislumbrou-se a possibilidade de responsabilização penal por omissão, na medida em que se aventou que o Ministro da Saúde detinha um dever legal de ação, possibilidade de agir e que, mesmo assim, teria agido intempestivamente.

5. Análise Jurídica das Circunstâncias e Condutas Possivelmente Atribuíveis ao Sr. Eduardo Pazuello no bojo da Crise do Oxigênio

Viu-se que a representação do Ministério Público Federal, ao menos a princípio, deixa em aberto a possibilidade de futura responsabilização penal do Ministro da Saúde em virtude de alegada omissão. Igualmente observou-se que durante o mês de janeiro deste ano, e especialmente no ápice da Crise do Oxigênio, houve um aumento no número de internações, identificação de casos e óbitos relacionados à Covid-19 no Amazonas.

Pois bem. A análise jurídica que o presente artigo propõe é a seguinte: das circunstâncias e condutas possivelmente atribuíveis ao então Ministro da Saúde, é possível, em tese, vislumbrar responsabilidade pelos óbitos eventualmente relacionados ao desabastecimento de oxigênio no estado?

Como visto, esta responsabilização demanda requisitos específicos. Passa-se, então, a fazer um cruzamento destes requisitos - explicados no capítulo 02 deste artigo -, com os supostos fatos esposados no capítulo anterior, a fim de verificar se, nas condutas alegadamente praticadas, estariam presentes os pressupostos de tipicidade objetiva para a responsabilização penal por omissão imprópria.

5.1 Verificação da situação típica de risco

Considerando a cronologia feita no capítulo 3.1, não parece haver dificuldades para identificação de uma situação típica de risco. Contudo, um ponto para maior aprofundamento certamente seria o de *quando* esta situação se verificou.

Ao final do item 3.2.1, destacou-se três marcos temporais como importantes para a análise feita no presente trabalho⁴⁴. Inicialmente, aparenta ser evidente que as situações postas nestes três marcos, de alguma forma, relacionam-se com um perigo à vida e à saúde daqueles cidadãos que dependem ou poderiam depender do sistema de saúde do estado do Amazonas para tratamento.

De todo modo, uma mera relação genérica não se mostra suficiente para a verificação da situação típica. Não se pode perder de vista que o risco deve transpor o limite do permitido. Ademais, não se trata de um risco abstrato, mas, ao revés, de risco intrinsecamente relacionado a uma ameaça dirigida a um bem jurídico específico.

Dessa forma, considerar o marco temporal “a” como início da situação típica de risco (rememorando que se trata de uma análise atinente ao delito de homicídio), soa, *a priori*, equivocado. Malgrado não se olvide que um aumento expressivo no número de hospitalizações demande providências a quem lhes cabe, a indicação de que haveria uma ameaça concreta à vida, naquele momento, parece inadequada.

Noutro giro, o mesmo não ocorre em relação aos dois marcos temporais posteriores. A indicação de um colapso *iminente* do sistema de saúde, atrelada à previsão de dificuldades para obtenção de insumos hospitalares – isso tudo em meio ao cenário de pandemia – parece, a princípio, suficiente para se verificar uma ameaça concreta à vida de pessoas que certamente necessitariam de tratamento junto à rede de saúde do estado.

Nesse sentido, uma indicação posterior que ainda agrava este cenário, qual seja, a de desabastecimento de oxigênio, insumo essencial ao tratamento de pacientes acometidos pela COVID-19, certamente representa um perigo ainda mais sólido à vida. Esta ameaça concreta ao bem jurídico, então, é que inaugura para o agente garantidor o dever de praticar uma conduta determinada a fim de resguardá-lo.

⁴⁴ Relembrando: (i) o da última semana de dezembro, quando se verificou o “aumento significativo de hospitalizações”; (ii) as reuniões realizadas nos dias 03 e 04 de janeiro, nas quais foi constatada a “possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias”, bem como as “dificuldades na aquisição de materiais de consumo hospitalar, medicamentos e equipamentos”; (iii) data da alegada ciência do Ministério da Saúde quanto à situação crítica de esvaziamento do estoque de oxigênio em Manaus – dia 08 de janeiro de 2021.

Ao final, não parece haver dúvidas de que, com base na documentação analisada no presente artigo, verificou-se uma situação típica de risco a partir da iminência do colapso do sistema de saúde e do desabastecimento de oxigênio.

5.2 Omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento

Diante do cenário fático que configurou a situação típica de risco, soa óbvio que providências deveriam ser adotadas com o intuito de impedir que o risco se concretizasse em lesões a bens jurídicos, especialmente a vida.

Não obstante, como visto previamente, não basta que haja um dever de ação genérico. Deve-se, diante do caso concreto, analisar qual conduta específica seria demandada ao agente a fim de se evitar o resultado. Ademais, também é necessário verificar se este mesmo agente teria a capacidade físico-real de realizar essa conduta, bem como se, sob um aspecto normativo, a conduta estaria ao seu alcance.

De antemão, parece extrapolar os objetivos deste trabalho a identificação desta conduta determinada, cabendo aos órgãos que investigam o fato eventualmente chegar a esta conclusão, por se tratar de matéria essencialmente fática.

De todo modo, *a priori*, parece lícito concluir que havia condutas ao alcance do Ministro da Saúde à época dos fatos, até mesmo porque, como visto, a própria Advocacia-Geral da União atestou que diversas medidas foram adotadas. Não obstante – e aqui, possivelmente, pode residir a omissão –, o ponto a ser aprofundado é se estas medidas foram adotadas *tempestivamente*, ou, ainda, se havia outras medidas que poderiam e deveriam ter sido providenciadas, mas não o foram.

Um exemplo: viu-se que nas reuniões dos dias 03 e 04 de janeiro constatou-se a possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde, em 10 dias, bem como problemas na aquisição de materiais de consumo hospitalar. Seria possível ao Ministro da Saúde, diante dessa constatação, determinar uma mobilização para envio de itens hospitalares extras, como o oxigênio? Ou, ainda, que determinasse ou pleiteasse junto ao Ministério da Defesa uma preparação logística para eventual necessidade de entrega emergencial de oxigênio?

Sob um aspecto normativo, a resposta positiva soa óbvia, já que se trata de medida intrinsecamente relacionada ao exercício da sua função⁴⁵. Sob um aspecto empírico, a princípio parece razoável concluir que sim, haja vista que, segundo a AGU, o Ministério da Saúde providenciou a entrega de oxigênio em Manaus quatro dias depois de ser informado “*da crítica situação do esvaziamento de estoque de oxigênio*”.

Entretanto, é evidente que a verificação deste pressuposto no caso concreto não será simples, devendo haver, frise-se, investigações aprofundadas para delimitação da conduta determinada que em tese foi omitida, uma vez que, sem esta precisa identificação, eventual responsabilização penal por omissão imprópria é inviável.

5.3 Causalidade

Como adiantado no item 2.3, há duas teorias concorrentes para análise da causalidade na omissão: a teoria da inevitabilidade e a teoria da diminuição do risco, sendo a primeira atualmente predominante. No entanto, considerando que não há a identificação da conduta determinada e exigida de evitação do resultado no caso em concreto, fica prejudicada a análise de causalidade no presente artigo. Contudo, ainda que a conduta já estivesse delimitada, a análise de causalidade demandaria intensa produção probatória.

É que, inicialmente, deverão ser identificados aquele(s) que alegadamente faleceram em decorrência da possível omissão do então Ministro da Saúde em adotar as devidas providências de maneira tempestiva. Na sequência, em um exercício hipotético, deverá ser inserida no curso causal a conduta tida como omitida para verificar se, caso fosse praticada, os óbitos não teriam ocorrido⁴⁶. Em caso positivo, estará verificado o nexo de causalidade.

Por fim, é importante ressaltar que os resultados típicos deverão ser analisados individualmente, devendo-se estabelecer um nexo causal para cada um dos óbitos. Uma análise genérica de causalidade não será suficiente.

⁴⁵ Segundo o Decreto nº 9.795/2019, em seu art. 1º, VI, do anexo I, o Ministério da Saúde tem em sua área de competência os seguintes assuntos: V - insumos críticos para a saúde; VI - ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais, lacustres e aéreos;”

⁴⁶ Caso, por outro lado, utilize-se a teoria da diminuição do risco como parâmetro, a existência de uma chance de salvamento será suficiente para verificação do nexo causal.

5.4 Imputação Objetiva

Apresentou-se, no tópico 2.4, os três pressupostos elencados por Roxin para a realização da imputação objetiva no caso concreto⁴⁷.

Pois bem. No tópico 4.1, delineou-se a existência de uma situação típica de risco, qual seja, a iminente possibilidade de colapso do sistema de saúde no mês de janeiro, bem como de falta de insumos essenciais aos hospitais. A princípio, sob o ponto de vista criminal, não parece razoável atribuir a situação emergencial vivida pelo estado do Amazonas a uma determinada pessoa. Por outro lado, mostra-se pertinente uma análise sobre um incremento do risco previamente verificado.

Nesse passo, propõe-se o seguinte raciocínio: considerando que o panorama do sistema de saúde do estado do Amazonas mostrou-se crítico, bem como que havia a necessidade premente da adoção de medidas por parte de atores públicos - dentre os quais o então Ministro da Saúde - para normalizar ou ao menos mitigar a situação, é possível concluir que a suposta não adoção tempestiva de medidas é uma conduta omissiva incrementadora do risco proibido.

Com efeito, tendo em vista que se tratava de uma situação que colocava em risco o tratamento de pacientes em meio a uma pandemia, sem o qual poderia haver uma possibilidade real e concreta de morte, também aparenta ser possível, *a priori*, concluir pela criação de um risco proibido à vida. No que tange à realização do risco proibido criado – no caso, incrementado -, deverá restar demonstrado o efetivo colapso do sistema de saúde e falta dos insumos pertinentes (o que já parece estar comprovado), bem como que esta situação (colapso e falta de insumos) deu ensejo ao(s) óbito(s) em análise.

Como exemplo, imagine-se a hipótese de um paciente que tenha falecido em virtude de um ataque cardíaco fulminante, completamente dissociado das condições médicas atinentes ao coronavírus. Muito embora houvesse um risco proibido, neste exemplo hipotético o óbito não se deu em virtude do tal risco, de modo que o resultado, portanto, não seria objetivamente imputável. Se, por outro lado, constata-se a ocorrência de um óbito diretamente relacionado ao risco proibido, não haverá, nesse aspecto, óbice à imputação objetiva do fato.

Por fim, quanto ao terceiro pressuposto, não se vislumbra razões jurídicas para considerar que o resultado não tenha se dado dentro do alcance normativo do tipo. Partindo-se

⁴⁷ Relembrando: (i) criação do risco proibido e (ii) realização do risco proibido criado (iii) dentro do alcance normativo do tipo. É sabido, ademais, que se enquadra no primeiro pressuposto não só a criação de um risco proibido, mas também o seu incremento.

de um conceito formal do alcance normativo (ou fim de proteção da norma), como aquele trabalhado por Luís Greco⁴⁸, para verificação deste pressuposto basta que o curso causal que culminou na afetação do bem jurídico esteja abrangido pelos cursos causais que a norma em apreço pretenda coibir.

Em outras palavras: da norma presente no art. 121 do Código Penal, extrai-se a proibição do suposto curso causal objeto de análise no presente artigo? Especificamente: se há uma suposta omissão de providências diante da possibilidade iminente de colapso do sistema de saúde de um estado, e tal omissão dá ensejo a um óbito, há uma afetação de bem jurídico que o crime de homicídio pretende evitar?

Se a resposta for positiva, e vislumbra-se que seja, estará preenchido o terceiro pressuposto que elencamos previamente, concluindo-se então pela possibilidade jurídica de imputação objetiva do resultado. Por fim, passa-se à análise da existência da condição (ou não) de garantidor do então Ministro da Saúde.

5.5 Figura de Garantidor

O *status* de garantidor, como visto, é uma exigência prevista no art. 13 do Código Penal.

Para além deste requisito legal, demonstrou-se que a verificação da posição de garante depende da comprovação de um fundamento material, ou seja, que exista uma situação fática a partir da qual se possa aferir que o agente assumiu o controle de uma fonte de perigo ou assumiu a proteção de um determinado bem jurídico⁴⁹.

Pois bem. Desde já, é importante destacar alguns dispositivos legais e constitucionais. Os artigos 196 e 200 da Constituição Federal estabelecem que a saúde deve ser assegurada pelo Estado a todos, atribuindo-se ao Sistema Único de Saúde o controle e fiscalização de produtos e equipamentos pertinentes. Por sua vez, o Decreto nº 9.795/2019, no art. 1º do seu anexo I, define que o Ministério da Saúde tem em sua área de competência a “coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde – SUS”, os “insumos críticos para a saúde” e a “ação preventiva

⁴⁸ Segundo o autor, o verdadeiro sentido da ideia “fim de proteção da norma” é o de que “a norma proibitiva visa a evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou não foi o risco que se estava a analisar.” (GRECO, 2014, pág. 105)

⁴⁹ A distinção entre a obrigação do agente garantidor – controle da fonte de perigo ou salvaguarda de um bem jurídico – mostra-se sob um aspecto *funcional*, sendo determinante para a identificação da espécie de garantidor: de proteção ou vigilância. (ESTELLITA, 2017)

em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais, lacustres e aéreos”.

Em resumo, pode-se concluir que cabe ao Ministério da Saúde⁵⁰, ainda que de maneira concorrente com outros entes da Federação, adotar as providências necessárias para garantir o acesso à saúde, seja por meio de ações de vigilância epidemiológicas, seja por meio do controle e fiscalização dos produtos e insumos necessários, seja, ainda, por meio de medidas preventivas.

Dessa forma, cotejando os dispositivos legais e constitucionais mencionados, bem como considerando que o Ministro da Saúde é a autoridade máxima dentro do seu Ministério, entende-se que, ao menos em tese, atribuições como (i) a adoção das providências necessárias para garantir o acesso à saúde, (ii) a execução de ações de vigilância epidemiológicas, (iii) o controle e fiscalização dos produtos e insumos necessários para a rede de saúde e (iv) a implementação de medidas preventivas, dentre outras, são atribuições exigíveis do Ministro da Saúde.

No ponto, verifica-se esta exigibilidade não só por um aspecto formal, mas também sob um aspecto material, haja vista que o contexto fático permite aferir que o então Ministro da Saúde exercia, efetivamente, um domínio sobre as providências que seriam ou não adotadas pelo Ministério que comandava.

Com efeito, ainda que soe óbvio, esclarece-se que não se está a concluir que o Ministro, *pessoalmente*, deva se ocupar de todas essas e tantas outras funções da pasta que comanda. É evidente que há, no Ministério da Saúde, assim como em quaisquer estruturas complexas, uma delegação de tarefas e funções.

No entanto, o agente que delega funções não se exonera da sua condição de garantidor. O que ocorre, em verdade, é a distribuição da titularidade de deveres entre mais de um agente, que, como efeito prático, poderá conferir outros deveres ao garantidor originário, como, por exemplo, deveres de seleção adequada, emissão de instruções, supervisão e fiscalização, dentre outros. (ESTELLITA, 2017).

Para os fins propostos neste trabalho, não há espaço para as ricas discussões acerca dos efeitos da delegação e seus limites, tampouco às questões afetas ao princípio da confiança. Bastará, por ora, que se possa estabelecer as seguintes premissas:

⁵⁰ Especificamente quanto aos Ministros de Estado, incluído, evidentemente, o Ministro da Saúde, o art. 87 da Constituição Federal elenca como aspectos da sua competência “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência”.

(i) Havia uma situação típica de risco relacionada à iminência de colapso do sistema de saúde do Amazonas, mormente quanto à real possibilidade de desabastecimento de insumos necessários para o tratamento de pacientes acometidos pelo coronavírus;

(ii) Considerando o contexto de pandemia e o cenário de risco delineado, a adoção de providências destinadas ao correto funcionamento do sistema de saúde e ao abastecimento dos insumos essenciais à população, a fim de resguardar a saúde e a vida daqueles que dependessem do sistema de saúde para tratamento de enfermidades relacionadas ao coronavírus, tornou-se exigível àqueles que detinham a responsabilidade de executá-las;

(iii) Levando em conta as atribuições legais e constitucionais do Ministro da Saúde, atreladas ao quadro fático, pode-se considerar que a adoção das providências supracitadas constituía um dever que lhe era, em teoria, juridicamente exigível.

A partir destas premissas, vislumbra-se que ao então Ministro da Saúde poderia, em tese, ser oponível um dever especial garantia, especificamente uma garantia de proteção em relação à saúde e à vida dos cidadãos do Amazonas que se encontravam dependentes do sistema de saúde do estado para tratamento relacionado ao coronavírus⁵¹.

6. Conclusão

O estudo da omissão imprópria no âmbito de organizações, públicas ou privadas, mostra-se cada vez mais necessário, na medida em que a complexidade das estruturas de poder, já há algum tempo, vem desafiando o Direito Penal. Todavia, a importância do aprofundamento no tema não deve ser vista como a “descoberta” de uma nova modalidade punitiva, mas como adaptação do Direito Penal “clássico” à atualidade.

É dizer, não se busca com o presente artigo uma ampliação na responsabilização penal por omissão, mas sim o estabelecimento de balizas para que, em caso de vislumbrar-se esta responsabilidade, que somente seja atribuída dentro de parâmetros justos e legais. Não por outro

⁵¹ Sobre a posição de garantia de proteção dos funcionários públicos, menciona-se o seguinte trecho: “Outro subcaso da posição de garantidor de proteção é o dos funcionários públicos, que têm deveres de agir não só em benefício do Estado, como em benefício dos cidadãos. Alguns fundamentam essa posição no contrato social, outros na assunção de funções de proteção, cujos deveres passam a onerar o agente porque assume deveres positivos atrelados a um papel social. (ESTELLITA, 2017, p. 99)

motivo fez-se, inicialmente, uma análise dos pressupostos de tipicidade objetiva da omissão imprópria, para, somente então, iniciar-se a tratar sobre os fatos objeto deste trabalho. Pretendeu-se, com isso, estabelecer um ponto de partida uniforme para a análise de qualquer caso que trate sobre omissão imprópria.

Especificamente quanto aos fatos trabalhados, percebeu-se que não seria irrazoável cogitar, sob um aspecto *objetivo*, eventual possibilidade de responsabilização penal por omissão imprópria em relação aos óbitos decorrentes da crise do oxigênio no Amazonas. Ao revés, viu-se que, a partir de dois documentos e informações de domínio público, alguns pressupostos de tipicidade objetiva, *a priori*, já estariam presentes.

Contudo, é somente até este ponto que podemos nos debruçar. Uma análise conclusiva quanto a todos os requisitos de tipicidade objetiva, como salientado algumas vezes, depende de um exame fático que ultrapassa as possibilidades deste artigo científico. O mesmo, evidentemente, se aplica a uma eventual análise de tipicidade subjetiva.

Sendo assim, encerra-se com a pretensão de contribuir para os estudos da omissão imprópria no Direito Penal e suscitar um debate quanto à sua aplicabilidade em meio à análise dos fatos relacionados à intitulada Crise do Oxigênio no Amazonas.

7. Bibliografia

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria** - 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Comisión por omisión. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Memento práctico. Penal económico y de la empresa**. 1. ed. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2012.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**; tradução Ronan Rocha. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva** – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Gunther. **Dogmática de Derecho Penal y La Configuración Normativa de la Sociedad**. 1. ed. Civitas Ediciones, S.L, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión. In: ARAVENA, Claudia Cárdenas; NIEDMANN, Jorge Ferdman (org.). **El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy**. Santiago: Thomson Reuters, 2016.

_____. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad. In: **Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales, VOL. LXVI**, 2013.

_____. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. In. **Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales, Tomo 50, Fasc/Mes 1-3**, 1997.

PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada** – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PUPPE, Ingeborg. **Estudo sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal**. Organização: Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho; tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 39**, julho-setembro/2002.

SCHUNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. IN: VALDÉS, Carlos García (coord.), et al. **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal, volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. IN: **Revista Quaestio Iuris - Vol. 2, Nº. 2**. 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.