
**CONSEQUÊNCIAS DA PANDEMIA PARA O DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

**CONSEQUENCES OF THE PANDEMIC FOR BRAZILIAN CRIMINAL
LAW**

ORLANDO FACCINI NETO

Doutor em Ciências Jurídico Criminais pela Universidade de Lisboa. Professor de Mestrado em Direito do IDP – Brasília. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

CAMILO JAVIER CANTERO CABRERA

Desembargador da Câmara Civil y Comercial do Distrito de Itapúa con sede na Cidade de Encarnação, República do Paraguai. Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Pilar. Professor em Atenção Integral à Infância, Adolescência e Família pela Universidade Nacional de Itapúa. Docente na Universidade Nacional de Assunção, filial San Juan Bautista.

RESUMO

Objetivo: com o presente artigo busca-se discutir os institutos penais cuja importância intensifica-se num período de pandemia como o vivenciado, entre os quais os bens jurídicos coletivos, as normas penais em branco e os crimes de perigo; pretende-se também delinear as infrações penais que podem advir nos casos de descumprimento de medidas tendentes à contenção da propagação do vírus Covid.

Metodologia: A metodologia adotada na pesquisa é a de caráter dedutivo, com a fixação de premissas, das quais se extraem as conclusões apresentadas, seguindo a pesquisa, a revisão bibliográfica e a análise dos textos normativos pertinentes.

Resultados: Concluiu-se que, num período de pandemia, há determinadas categorias penais cujas importâncias são revigoradas, impondo uma nova compreensão doutrinária acerca desses institutos e, ainda, que o Direito Penal, como última



instância de controle de comportamentos (*ultima ratio*), compreende definições de crimes que se relacionam diretamente com este momento.

Contribuições: A relevância do artigo está na revisitação de conceitos muitas vezes criticados por parte da doutrina, a exemplo dos bens jurídicos coletivos, das normas penais em branco e dos crimes de perigo, bem como na atualidade da reflexão proposta sobre os tipos de crimes que, numa fase de pandemia, podem ser cometidos se descumpridas as regras relacionadas a este momento tão singular.

Palavras-chave: Pandemia; Direito Penal; Dogmática; Crimes.

ABSTRACT

Objective: *This paper seeks to discuss the criminal institutes which importance is intensified in a period of pandemic, such as currently experienced. The collective legal goods, the blank criminal norms and the crimes of danger, as well as the intention outline the criminal offenses that may arise in cases of non-compliance with measures to contain the spread of the Covid virus.*

Methodology: *The methodology adopted in the research is deductive, with the setting of assumptions. The conclusions presented are extracted following the research, the bibliographic review and the analysis of the relevant normative texts.*

Results: *In a pandemic period there are certain criminal categories which importance is reinvigorated, imposing a new doctrinal understanding about these institutes and also that Criminal Law has definitions of crimes that directly relate to this moment, as the last instance of behavior control (*ultima ratio*),*

Contributions: *The relevance of this paper is to revisit concepts that are often criticized by the doctrine, such as collective legal goods, blank criminal rules and crimes of danger, as well as the current reflection on the types of crimes that, in a pandemic phase, can be committed if the rules related to this singular moment are not complied with.*

Keywords: *Pandemic; Criminal Law; Dogmatic; Crimes.*

1 INTRODUÇÃO

Durante todo o ano passado, e com a real possibilidade de extensão para o ano de 2021 em curso, vive-se um período heterodoxo, sem precedentes para as gerações viventes, e com repercussões em termos de saúde pública, psicológicas,



econômicas e culturais ainda não previsíveis. Em termos concretos, seria inquestionável especulação qualquer estimativa a respeito de quando serão ultrapassadas as barreiras inerentes à situação atualmente estabelecida.

Há, com efeito, uma pandemia em curso, desenvolvida em aparentes ondas, e que não delineou, até o presente momento, o exato momento de sua refração. A maioria das pessoas experimentaram um período de reclusão difícil; a abertura de determinadas atividades não veio acompanhada do término de variadas limitações, de resto necessárias, sem as quais os índices de contaminação não deixam de avançar.

As emoções e os sentimentos surgem de maneira muito distinta do que normalmente acontece, pois todos estão oprimidos por uma realidade que nunca foi experimentada. Somam-se ao medo, o tédio e a angústia, na medida em que a liberdade de trânsito das pessoas é comprimida com amplas justificativas.

Em uma situação complexa como a presente, é importante discutir algumas questões jurídicas, em especial no âmbito do Direito Penal. Observa-se que há alguns tipos penais que sobressaem, que têm a sua incidência mais pertinentes a este quadro e, além disso, há consequências em termos dogmáticos, inerentes à teoria do Direito Penal, que se revelam importantes. De maneira que o objetivo deste texto é tratar da perspectiva penal da pandemia, das categorias jurídicas que se afiguram mais relevantes e, finalmente, dos crimes que se mostram correlacionados com este momento e com toda a situação em particular.

Será realizada, de início, uma abordagem geral e, posteriormente, pretende-se especificar os termos desta discussão para, finalmente, ingressar-se na temática mais atinente aos tipos penais que se poderiam revelar numa situação de pandemia.

Neste período de pandemia, pelo menos três categorias do Direito Penal, deveras rechaçadas em algumas abordagens, adquirem um novo sentido e, deste modo, convidam à reflexão. Sobre cada uma delas dar-se-á breve tratamento na sequência.

A metodologia adotada na pesquisa é a de caráter dedutivo, com a fixação de premissas, das quais se extraem as conclusões apresentadas, seguindo a pesquisa, a revisão bibliográfica e a análise dos textos normativos pertinentes.



2 A IMPORTÂNCIA DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

A trajetória da teoria do bem jurídico, como sabido, inicia-se no século XIX, mediante a perspectiva de que o bem jurídico haveria de ser considerado em termos de lesões aos interesses das pessoas (FEUERBACH, 1840, p. 41-6); ou seja, aludiria à violação cometida contra um determinado interesse individual. Para a época, este pensamento continha uma dimensão importante, sendo um preâmbulo de densificação teórica do conceito, mas não respondia, sobretudo, a um questionamento pertinente àquele tempo, e que dizia respeito aos crimes contra os sentimentos religiosos; nestes crimes, a violação não dizia respeito exclusivamente a uma pessoa (BIRNBAUM, 2011, p. 10-30). Em decorrência desta realidade, a evolução da ideia de bem jurídico passou a abarcar as lesões coletivas e, até a atualidade, assiste-se a uma espécie de reforço muito consistente na temática da criminalização das condutas que afrontem interesses não individualizáveis. Os exemplos são vários, como o meio ambiente, o sistema financeiro e o patrimônio público, para mencionar-se apenas os mais corriqueiros.

Muitos autores, entretanto, recusam legitimidade à incriminação das condutas que não se reportem a um indivíduo concreto. O argumento, nesta perspectiva, é o de uma indevida expansão do Direito Penal, que deveria concentrar-se nas suas características iluministas, isto é, de cobertura dos fatos violadores aos interesses das pessoas individualmente consideradas, transferindo-se as demais lesões coletivas para outros ramos do Direito. Na linha do que destacadamente afirma HASSEMER (2001, p. 232), o Direito Penal deveria adstringir-se a um núcleo estrito (*eine Reduzierung des Strafgesetzbuchs auf ein Kernstrafrecht*), consistente na tutela de interesses reconduzíveis a uma espécie de dimensão pessoal.

Quando, porém, vive-se um período como o atual, de agravamento de uma pandemia, para todos os profissionais do Direito que são críticos à criminalização de condutas que violam interesses coletivos, surge o ônus argumentativo de explicar de que maneira poder-se-ia dar conta desse tipo de situação, que envolve uma ampla



coletividade de indivíduos indeterminados e ultrapassa, a mais não poder, a limitada compreensão de desvinculação dos homens e mulheres de sua dimensão social.

Ao explicar-se de uma melhor forma, os autores que defendem a ideia de que o Direito Penal deveria seguir aferrado ao seu chamado padrão clássico, ou seja, o Direito Penal cuja tutela estivesse concentrada na propriedade, no patrimônio e, conseqüentemente, que aludisse exclusivamente à proteção dos interesses individuais, conduzem-se, inequivocamente, em direção a uma visão elitista, na medida em que buscam retirar do Direito Penal diretamente os comportamentos, em última análise, praticados pelas classes sociais mais abastadas, relegando o Direito Penal unicamente para que tenha a sua incidência nos casos de delitos praticados pelas pessoas menos afortunadas (HEFENDEHL, 2010, p. 104/105).

Ademais, a verdade é que, ao tratar-se da proteção da saúde pública, ou seja, da incidência criminal na proteção deste interesse coletivo, sobretudo em tempos de pandemia, está-se efetivamente a reconhecer a importância desta categoria, qual seja, dos bens jurídicos coletivos. A saúde pública, seja dito, consiste, desde o anterior ponto de vista de HUNGRIA (1958, p. 96/97), no perigo comum à saúde de um indefinido número de pessoas, sendo certo, por este motivo, que o direito à sua preservação nasce uniformemente a todos os consociados, na qualidade de integrantes do meio social, em razão do fato da consorciação em si.

Dessarte, quem refuta a ideia dos bens jurídicos coletivos desconsidera a saúde pública e, conseqüentemente, os interesses mais expressivos das pessoas desprotegidos numa situação de pandemia. Noutras palavras, ao experimentar-se um momento tão complexo, revigora-se o ponto de vista segundo o qual a tutela penal deve abarcar não apenas os interesses individuais, mas também os interesses da coletividade e, desta forma, evidencia-se o equívoco dos profissionais que, a pretexto de um purismo do Direito Penal, tornam-no irrelevante, em um momento em que as necessidades de proteção mostram-se mais evidentes.

Uma conclusão preliminar sobre o tema, portanto, é de que se afigura como consequência do período de pandemia o reforço à tese de que o Direito Penal não deve deixar de proteger os interesses coletivos.



3 A FORMA DE TIPIIFICAÇÃO COMO CRIMES DE PERIGO

A segunda categoria dogmática a ser relida, dados os influxos de um período de pandemia, refere-se aos denominados crimes de perigo. Numa definição breve, pode-se exprimir que nos crimes de perigo a incriminação não requer uma conduta que produza lesão ao bem jurídico, bastando que lhe cause uma ameaça de dano. Conforme leciona FIGUEIREDO DIAS (2012, p. 308), ao atender a forma como o bem jurídico é posto em causa pela atuação do agente, surgem os crimes de perigo, em que o tipo penal é preenchido independentemente de qualquer dano, bastando-lhe o risco, a ameaça de lesão.

A ameaça, em certos casos, deve ser demonstrada empiricamente, nas hipóteses dos denominados crimes de perigo concreto e, noutras situações, é pressuposta pelo legislador, ou seja, da mera realização da conduta é possível extrair efetivamente um risco de violação ao bem jurídico, sendo estes os crimes de perigo abstrato (JESUS, 2010, p. 229).

Tais crimes de perigo, como sabido, são alvos constantes de ataques doutrinários relativamente à sua ilegitimidade e, para alguns, de sua inerente inconstitucionalidade (FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 309/310), ao argumento de que o Direito Penal haveria de incidir somente quando houvesse dano, ou seja, um resultado efetivamente lesivo ao bem jurídico.

A questão, todavia, é que se vive numa época em que a dimensão do risco, com as suas características muitas vezes globais, com mecanismos sofisticados de apreensão das probabilidades de dano, é significativamente importante, tornando a lesão, em variados casos, evitável. Atualmente, é possível prever situações que, se realmente ocorrerem, implicarão em uma gravidade brutal, de consequências extraordinárias. Quando este evento acontece, é natural que se antecipe a tutela penal, de modo que, antes que a lesão ocorra, e com o objetivo de inibi-la ou evitá-la, o Direito Penal atue em efetivo para tutelar e proteger o bem jurídico.

Como conclusão, esta proteção antecipada consiste na tentativa de prevenir comportamentos que, em geral, se ocorrerem, afetarão pessoas concretas, como é



possível depreender do singelo exemplo da incriminação do condutor de veículo em condições de embriaguez; o que se almeja tutelar é menos a segurança viária, como abstração, mas de forma majoritária a vida ou a integridade física das pessoas que possam vir a ser atingidas pelo motorista irresponsável.

No caso dos crimes que apresentam relação com a fase de pandemia pela qual se passa atualmente, ocorre a mesma situação. Como será abordado adiante, são condutas que representam perigo para os demais membros do corpo social, e que se mostram puníveis previamente à causação de qualquer dano que, por ser de tal ordem, e poder representar tal magnitude, justifica-se a antecipação de incidência do Direito Penal, com o objetivo evidente de que a lesão, com essas características, simplesmente não ocorra.

Nesta perspectiva, uma segunda consequência para o Direito Penal, nestes tempos de pandemia, é o aumento da validação das incriminações feitas ao modo de crimes de perigo.

4 AS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Sinteticamente, normas penais em branco carecem de complementação para a sua perfeita incidência. BITENCOURT (2012a, p. 199) assevera que são normas de conteúdo incompleto, vago, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria); ou seja, o tipo penal, ou o modelo de conduta descrita pela lei penal, para concretizar-se, requer o acréscimo de uma outra norma, a ensejar a classificação dessas normas penais em branco como *lato sensu* ou *stricto sensu*. A primeira delas busca o complemento derivado da mesma fonte formal da norma a ser complementada; ou seja, simplificada, a lei penal é completada por outra lei em sentido formal; diversamente, a norma penal em branco *stricto sensu* recolhe o seu complemento de normas cujo autor é formalmente diverso, como no caso de a lei penal ser complementada por decretos ou regulamentações emanadas do Poder Executivo (ALFLEN, 2004, p. 6768).



A nomenclatura, em si, não se revela tão importante, pois o que deve ser bem compreendido é o fato de que as normas penais em branco que em seu conteúdo carecem de complemento e, sobretudo, se o conteúdo exige um complemento não legislativo, consistente em atos administrativos. É o que ocorre, por exemplo, no crime de tráfico de drogas, em que a indicação das substâncias entorpecentes não é feita na lei penal, mas, acertadamente, por intermédio de portarias da autoridade administrativa competente.

Nas normas penais em branco não há mácula ao princípio da legalidade, desde que a lei penal, evidentemente, estabeleça o “núcleo duro” da norma, ligado aos verbos, à definição de o que necessita de complemento, de modo a privativamente controlar a escolha político-criminal do delito penalmente punível; ou seja, desde que remeta ao complemento apenas aspectos técnicos, por uma necessidade proveniente do que se necessita para a eficaz proteção do bem jurídico ou pela necessidade de ajustes regionais e locais, derivados de especificidades geográficas, econômicas ou socioculturais (GUARAGNI, 2014, p. 53).

É importante destacar que determinadas situações exigem, para a plena eficácia normativa, de uma espécie de velocidade regulamentadora, que o parlamento muitas vezes não é capaz de dar, seja no sentido do preenchimento do conteúdo, seja no de alterações que, eventualmente, mostrem-se necessárias. Os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, por meio de seus diversos órgãos, como o Ministério da Saúde, têm a possibilidade de regular muito mais adequadamente os meios de combate e os efeitos da pandemia, inserindo algumas de suas regulamentações, como complemento, no corpo de normas penais prévias, e que, por si só, encerram o conteúdo do que é proibido ou ilícito.

Soma-se a este fato a circunstância de que um acontecimento da gravidade de uma pandemia obriga a uma reflexão a respeito do confronto entre o interesse público e o interesse particular. O Direito Constitucional de outrora consagrou a tese da preponderância do interesse público sobre o interesse particular; entretanto, como se sabe, este entendimento está decaindo em benefício da tese favorável a um certo tipo de individualismo. A situação que se vivencia mostra, contudo, que a Carta Constitucional não é formada somente de direitos, visto que também institui deveres.



De forma que o interesse público, sobretudo em situações dramáticas de crise, adquire maior relevância do que o interesse particular e, portanto, implica no dever de as pessoas submeterem-se às variadas determinações que têm muito menos um sentido paternalista de proteger o indivíduo de si próprio, visto que o paternalismo consiste na interferência sobre a liberdade de alguém, justificada por razões referentes exclusivamente aos benefícios, necessidades ou interesses da pessoa coagida em si (DWORKIN, 1975, p. 230), propendendo mais às necessidades de proteger a coletividade em virtude do inegável potencial de disseminação do vírus, na hipótese concreta da pandemia.

Noutros termos, significa que, ao ser-se limitado na possibilidade de sair às ruas do modo como se fazia há alguns meses, em qualquer horário, tal determinação não busca, exclusivamente, garantir que as pessoas não se contaminarão, mas, sim, evitar que se tornem em um vetor de contaminação de outras pessoas, em especial as mais frágeis e situadas em grupos de risco. Busca-se, destarte, evitar que as pessoas tornem-se uma "fonte de perigo" (*Gefahrenquelle*), uma espécie de bomba relógio que conduzirá o vírus e as suas mazelas a uma infinidade de outros indivíduos.

Todas essas determinações, dada a variabilidade das circunstâncias em uma pandemia, são feitas em âmbito administrativo pelos Poderes Executivos federais, estaduais e municipais ao complementar determinadas normas penais, notadamente as normas penais em branco. Por este motivo que uma consequência, adicional para o Direito Penal, do momento presente, é a revitalização das relações entre o Direito Penal e outros ramos do Direito, e das normas penais em si que carecem de complementação.



5 OS CRIMES DA PANDEMIA

O Título VIII, do Código Penal brasileiro, trata dos crimes contra a incolumidade pública, cuja definição é o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos (HUNGRIA, 1958, p. 7). A saúde pública, como já foi visto, é reconhecida como um “direito de todos e, conseqüentemente, como um bem de interesse social”; é o bem jurídico protegido num dos capítulos deste Título, evidentemente como uma projeção do direito à vida em si ou da integridade das pessoas; o que significa, por sua vez, que o bem jurídico coletivo, no caso a saúde pública, remete-se, derradeiramente, a pessoas ou indivíduos concretos, que podem ser afetados de forma específica pelos comportamentos realizados em detrimento da coletividade, ou, como leciona Bitencourt, a saúde constitui “não só um bem jurídico individual, mas, também, um bem jurídico coletivo, com uma clara dimensão social” (2012b, p. 299).

Os crimes contra a saúde pública, cumpre-se dizer, “acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado” número de pessoas (HUNGRIA, 1958, p. 7), bem como almejam tutelar, no geral, pela via de normas penais em branco, interesses que são coletivos, tudo a conjugar as reflexões iniciais levadas a cabo neste trabalho com as particulares figuras hauridas do Código Penal.

Antes, contudo, importa destacar que, alheamente ao Código Penal, existem ordens normativas importantes e que repercutem na configuração do Direito Penal em tempos de pandemia. A primeira delas é a Lei nº. 13.979/2020, que textualmente assenta em seu artigo 1º., § 1º., que: “As medidas estabelecidas nesta lei objetivam a proteção da coletividade”. Este dispositivo legal institui três medidas que são importantes mencionar: a primeira é o isolamento, consistente na separação de pessoas doentes ou contaminadas; a segunda e a quarentena, que trata da restrição ou separação de pessoas suspeitas de contaminação; e, finalmente, a terceira é a possibilidade de realização compulsória de exames, testes, coletas de amostras e vacinação. A Lei nº. 13.979/2020, ademais, passou a incluir a diversidade de competências entre os variados entes da Federação na determinação dessas medidas; ou seja, a proteção da coletividade, neste caso, não se restringe à imposição



de incumbências apenas à União, pois Estados-membros e Municípios, igualmente, podem atuar dentro das esferas de suas atribuições. Esta lei, cumpre esclarecer, foi posteriormente alterada pela Lei nº. 14.019/2020, que, entre outras determinações, incluiu a expressa obrigatoriedade de manter-se a boca e o nariz cobertos por máscara de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em veículos de transporte remunerado, como táxis e aplicativos, ônibus, aviões e embarcações.

Além das leis, compõe o quadro normativo a Portaria nº. 356, de 2020, do Ministério da Saúde, em que, a partir da declaração do estado de emergência, são estabelecidas determinações mais específicas sobre o isolamento e a quarentena, sendo certo que a Portaria Interministerial nº. 5, de 2020, que assinalava a responsabilização administrativa, civil e penal das pessoas que se recusassem ao atendimento das determinações legais foi revogada pela Portaria Interministerial nº. 9, também editada em 2020.

Após apresentado com brevidade na seção acima o cenário, cabe voltar os olhos com mais atenção ao Código Penal.

5.1 O ARTIGO 268 DO CÓDIGO PENAL

Certamente, o crime de maior importância para o período em curso é o tipificado no art. 268, do Código Penal, em que se incrimina a infração de medida sanitária preventiva; ou seja, o tipo penal aponta para o descumprimento de determinação do Poder Público, destinada a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

A conduta em comento é apenada com detenção de um mês a um ano, de modo que, desde logo, deve-se esclarecer que se está diante de uma infração penal de menor potencial ofensivo; portanto, aplicam-se as regras alusivas à Lei nº. 9.099/1995, inclusive, com a inibição da prisão em flagrante, mediante a possibilidade de transação penal e, certamente, não ocorrendo, com a virtual suspensão condicional do processo e, em caso de condenação, de substituição de pena privativa de



liberdade. Logo, é de notar-se que a consequência penal é caracterizada por alguma brandura, de maneira que é muito difícil, para não ponderar que é quase impossível, imaginar que uma pessoa venha a ser preso acaso condenado pelo art. 268, do Código Penal.

O fato mencionado no parágrafo anterior, entretanto, não reduz a importância do dispositivo, neste caso, por um positivo papel simbólico do Direito Penal, na percepção de contenção de comportamentos, bem como pelo escopo de prevenção contra tais tipos de conduta. O caráter simbólico do Direito Penal, com efeito, está em significar que uma norma de proibição penal não se reduz à sua relevância funcional, senão que, também, ostenta uma relevância simbólica (*symbolische Bedeutung*), a qual reside na manifestação de desaprovação das condutas descritas (HÖRNLE, 2006, p. 36). Ora, se há um sentido preventivo no Direito Penal, este apresenta-se particularmente quando a conduta é prevista abstratamente como crime; após o sujeito cometer a infração, como é evidente, parece um pouco mais discutível afirmar-se, em termos teóricos, de prevenção, ao menos da situação concreta.

O art. 268 do Código Penal é uma norma penal em branco, com características bastantes peculiares, sobretudo no quadro atual referente ao vírus Corona. Este evento ocorre porque a sua plena eficácia requer uma norma que contenha “a determinação do Poder Público, tendente a impedir introdução ou propagação de doença infecciosa, podendo constar de ato administrativo ou de lei” (JESUS, 1996, p. 315).

Este complemento pode derivar de uma pluralidade de fontes, como a Lei nº. 13.979/2020, bem como as disposições dos Estados-membros e Municípios que, igualmente, estejam a regular o comportamento das pessoas durante a pandemia, de forma que a integração do dispositivo penal em comento dá-se não somente por intermédio de lei, mas, sobretudo, de atos administrativos emanados do Poder Executivo e, majoritariamente, de atos administrativos que tenham como origem os mais variados entes da Federação, como Estados-membros e Municípios. Jesus esclarece que se deve entender o Poder Público como “[...] qualquer autoridade que aja nos limites de sua competência, podendo ser federal, estadual ou municipal”



(1996, p. 316), sendo este o mesmo entendimento vocalizado por Nelson Hungria (1959, p. 101).

A partir do exposto acima, admite-se alguma variação no que concerne a, efetivamente, quais os comportamentos determinados ou proibidos, na medida em que cada ente federal poderá dispor acerca deles consoante a maior ou menor intensidade do quadro relacionado à pandemia que se apresente em seu respectivo território.

Em lugares litorâneos, por exemplo, a vedação municipal à circulação em praias pode redundar no descumprimento da determinação municipal, em incidência do crime em comento. A recusa ao uso de máscaras, em determinados ambientes, se imposta por normas estaduais ou municipais, igualmente integra o tipo penal e viabiliza a atuação dos órgãos de persecução penal, sucedendo o mesmo nos casos em que está determinado, por exemplo, o recolhimento noturno ou algum tipo de “toque de recolher” tendente à redução de circulação de pessoas e, conseqüentemente, à propagação do vírus.

O crime, ademais, é de mera conduta, vale dizer, pouco importando se efetivamente ocorre algum resultado lesivo. Noutras palavras, ainda que não haja propagação ou introdução de doença contagiosa, o mero descumprimento, a mera infringência à determinação do Poder Público revela, por si só, a incidência do crime. Como ensina Bitencourt, a simples desobediência à determinação do Poder Público implica na consumação do crime e, tratando-se “de crime de perigo abstrato, desnecessária para sua configuração a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa” (2012b, p. 312).

De notar-se que as determinações do Poder Público, cujo descumprimento origina o crime do art. 268, do Código Penal, não são, reitere-se, exclusivamente as determinações do Poder Público federal. As determinações federais, estaduais e municipais, todas elas componentes desse conceito de Poder Público, se infringidas, geram a incidência penal, de maneira que se torna importante recordar a lição antiga, segundo a qual, nesta situação, a competência da autoridade de que emana a determinação pode ser examinada, ou seja, o juiz criminal que se depara com alguém acusado de infringir o art. 268, do Código Penal, pode verificar se a disposição



administrativa do Estado-membro, do Município ou da União foi feita transbordando, ou não, a competência que lhe é outorgada constitucionalmente (HUNGRIA, 1958, p. 101); porém, não lhe é dado ingressar na conveniência da medida. Vale por dizer, não cumpre neste caso, ao Poder Judiciário, avaliar a adequação da medida adotada por qualquer uma das esferas do Poder Público, esfera insuscetível de ser sindicada, visto que é atribuição da autoridade administrativa.

Torna-se relevante lembrar que, no plano da normativa federal, define-se o isolamento como uma medida concernente a quem tem o vírus Corona, a moléstia, a tal ponto que, para a configuração do descumprimento quanto ao isolamento, há necessidade de comunicação prévia à pessoa afetada acerca da compulsoriedade da medida; isto é, o sujeito deve ser cientificado formalmente da necessidade de seu isolamento. Similarmente, a obrigatoriedade da quarentena depende de ato específico das autoridades competentes, a revelar a necessária formalização, individualizada, de que essas medidas são estabelecidas para com os indivíduos respectivos. Depreende-se da leitura da Portaria nº 356/2020 que, ao seu final, consta um anexo em que se dispõe sobre o "termo de consentimento", no qual se declara a devida informação sobre a necessidade de tal ou qual das restrições, isolamento ou quarentena.

Tudo, deve-se repetir, sem prejuízo das demais medidas eventualmente estabelecidas no âmbito municipal e estadual, e cujo descumprimento fazem despontar o crime do art. 268, do Código Penal. A restrição municipal quanto ao ingresso em parques, a vedação da abertura de comércios não essenciais, os impedimentos de festas e aglomerações, todas estas disposições, nos casos de doloso desatendimento, são hábeis à cominação penal a que se tem feito referência, porque, uma vez mais, no caso, a norma penal em branco aceita a complementação oriunda do âmbito de sua competência, de cada um dos entes da Federação.

A resistência ao atendimento dessas determinações, com o corolário de colocar em risco a saúde e a vida de terceiros, encontra no Direito Penal uma das vias de contenção.

Como é evidente, o complemento da norma penal em branco apresenta o que se designa por ultratividade, o que equivale a dizer, mesmo depois de cessada a



pandemia e revogados os decretos e instrumentos normativos respectivos, o agente tiver violado essas disposições administrativas complementares ao art. 268, do Código Penal, responderá pela sua conduta, não se beneficiando da *abolitio criminis*. Do contrário, muito simplesmente, haveria a completa ineficácia das medidas preventivas, cuja extinção futura representaria um tipo de autorização para o seu descumprimento.

5.2 EPIDEMIA EM PANDEMIA

A epidemia configura-se em um crime relacionado ao momento atual, com incidência mais difícil de vislumbrar-se; aliás, o grave crime de epidemia, previsto no art. 267, do Código Penal, em que se aponta: "causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos", com a elevada pena de dez a quinze anos de reclusão.

O crime de epidemia requer que sejam traçadas três distinções do ponto de vista da gravidade concernente a essas situações, como o faz Bitencourt (2012b, p. 302/303). O primeiro nível é o de surto, havendo aumento repentino de determinada doença em local específico, como um bairro ou cidade. Exemplificativamente, em determinado período, acontece um surto de sarampo, um surto de malária, e este evento está circunscrito a determinada localidade. Mais grave do que o surto é a epidemia, a contaminação de várias pessoas, em curto espaço de tempo, em vários lugares, em patamar superior às expectativas, como num Estado-membro ou país. O terceiro nível é a pandemia em si, consistente no contágio e na infecção de várias pessoas, em variados locais, muitas vezes em diversos países. Pode-se dizer, em síntese, que a pandemia é uma epidemia global.

A primeira questão que se deve responder ao analisar-se o art. 267, do Código Penal, é se é possível a incriminação por epidemia, no caso de haver uma pandemia. Este tema traz alguma divergência, levando-se a crer que a resposta é positiva. A razão é a seguinte: se for realizado um mapeamento do mundo em termos da difusão do COVID-19, possivelmente se verificará que vários locais têm uma incidência mais baixa do vírus, e que algumas cidades concentram a maior parte das contaminações.



Evidentemente, há oscilações quanto a este quadro pelo motivo de que em alguns locais a incidência das contaminações apresenta elevações, ao passo que, noutros, há reduções no contágio, invertendo-se as posições ao longo do tempo.

Ora, supondo-se que alguém contaminado, sabidamente contaminado, dirija-se a uma localidade onde há poucos registros do vírus Corona, e espalhe a doença ou algumas de suas variações, dadas as novas cepas do vírus, será possível que esse indivíduo responda pelo crime de epidemia previsto no art. 267, do Código Penal, não obstante haja uma situação instaurada de pandemia e, portanto, um problema de ordem global.

No caso da epidemia, cumpre esclarecer, o objetivo do agente, do sujeito ativo, não é efetivamente causar a morte de pessoa determinada. Tanto isso é verdade que, quando o crime de epidemia ocorre, e dele resulta a morte de alguém, a sua forma é agravada, segundo o parágrafo 1º., do art. 267, do Código Penal, aplicando-se a pena em dobro. O objetivo, neste caso, é atingir a coletividade; se resultar em morte, o sujeito responde pela modalidade qualificada do delito. Se o objetivo do agente é causar a morte de uma pessoa só, de algum modo nela inoculando o vírus, do que sucede o falecimento, há o crime de homicídio do art. 121, § 2º. (homicídio qualificado), inciso III, do Código Penal, praticado por meio que gera perigo comum (HUNGRIA, 1958, p. 98).

Importa salientar que o crime de epidemia é punido, inclusive, na modalidade culposa, nos casos em que, por imprudência ou negligência, o indivíduo gera a propagação de germes patogênicos.

É interessante problematizar a situação, realizando-se um paralelo com o difícil tema, para a dogmática penal, da contaminação pelo vírus HIV. O escopo deste tema paralelo é meramente para traçar um paralelo, observando-se que diversos argumentos dessa inesgotável discussão serão olvidados.

Suponha-se, nessa linha heurística, que o sujeito sabe que tem HIV e põe-se a manter relações sexuais desprotegidas. Basicamente, a primeira indagação que surgirá é sobre se a vítima sabia ou não sabia que o seu parceiro está contaminado. Não é irrazoável o alvitre daqueles que dizem que, se a vítima sabia e consentiu, está-se diante da chamada autocolocação voluntária em risco, e que dissipa, afasta a



responsabilidade penal do autor, porquanto aí não se estaria a criar um risco juridicamente proibido. Se a vítima consentiu, e vem a ser contaminada, acaba por suportar a carga da sua própria decisão. Mas, por outro lado, pode acontecer de a vítima não saber que o seu parceiro é portador do vírus HIV. Neste caso, se vier a ser contaminada, há diversas respostas extraídas da doutrina, como, por exemplo, a que alude a uma tentativa de homicídio, à periclitación da saúde, embora o que parece preponderar, com alguma razão, seja a solução pelo crime de lesão corporal que, na dicção do art. 129, do Código Penal, não é só a ofensa à integridade física, senão que, também, à saúde das pessoas.

Sucedo, porém, uma distinção importante entre os casos do HIV e Corona. No caso do HIV, o advento da morte demora, desloca-se no tempo para o futuro, se é que ocorre, na medida em que há um conjunto de tratamentos e medicamentos, hoje em dia, que podem, realmente, fazer com que o indivíduo viva toda a vida que haveria de viver, não obstante a infecção. No caso do vírus Corona, isto não ocorre, pois a relação entre a contaminação e a eventual morte podem encontrar uma relação de quase imediatidade temporal, em virtude da alta carga letal do vírus e da inexistência de eficaz ou comprovado tratamento médico. Portanto, o sujeito que, voluntariamente, contamina alguém, no caso da COVID, não terá excluída a sua responsabilização por homicídio, a depender da situação concreta.

A conduta de propagação do vírus direcionada a um indivíduo, ou grupo de indivíduos concretos, não elide a possibilidade de responsabilização criminal por homicídio ou por lesão corporal, ao passo que o direcionamento do comportamento em detrimento de uma coletividade de pessoas indeterminadas, mesmo numa situação de pandemia, pode revelar o crime de epidemia, do art. 267, do Código Penal.

A gravidade que a situação de epidemia encerra é tão significativa, que cabe lembrar a situação do uso de armas químicas em guerras e a repulsa que tal ato gera no âmbito do Direito Internacional. No Brasil, o antigo Decreto nº. 4.766/1942, no seu art. 51, dispunha que: "causar epidemia em tempos de guerra, no interesse de Estado em guerra contra o Brasil", era punido com pena de morte. O Código Penal Militar, atualmente em vigor, preceitua similar punição em seu art. 385, estabelecendo a pena de morte quando, em uma situação de guerra - evidentemente, todos sabem que no



Brasil a pena de morte é vedada, sendo excetuado o caso de guerra declarada - se causa epidemia. Não somente pelas mortes que se arrisca ceifar numa tal situação, mas, igualmente, porque a deflagração de uma epidemia gera imenso pânico nas pessoas e rebaixa o nível da qualidade de vida de todos a patamares nunca pensados, implicando, portanto, numa experiência de degradação pessoal, o patamar da punição que lhe é correlata alcança nível tão expressivo.

5.3 DEMAIS CRIMES RELACIONADOS À PANDEMIA

Marginalmente, e com uma incidência menos evidente, há outros crimes de que se poderia cogitar numa situação como a atual, de pandemia. O objetivo neste segmento é meramente relacionar algumas figuras penais que, em certos casos, poderiam fazer-se presentes, em vista de determinados comportamentos.

O art. 131, do Código Penal, consistente no perigo de contágio de moléstia grave, é um deles, ao assinalar a conduta típica de "praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio". A pena estabelecida varia entre um a quatro anos de reclusão, e é preciso observar que neste dispositivo a conduta é direcionada a um indivíduo ou pessoa determinada. Portanto, cuida-se de um crime de perigo individual, e não de um crime de perigo comum ou coletivo; ou seja, o indivíduo sabe que está contaminado ou, no mínimo, deveria saber que está contaminado e, não obstante, pratica um ato suscetível de gerar o contágio de outra pessoa.

Não parece tão simples definir o que seja moléstia grave para o aperfeiçoamento deste tipo penal; entretanto, este objetivo é secundário neste momento do estudo, porque é certo que a Covid-19 é uma moléstia grave e, para as finalidades legais, este fato é o que basta. As discussões doutrinárias apontam, no caso de outras doenças, para dúvidas acerca da gravidade respectiva das moléstias, a qual não vem definida em diploma normativo algum.

Na hipótese em foto é possível dizer que o sujeito que pratica, com relação a outrem, pessoa individualizada e determinada, um ato suscetível de contaminação, pode responder pelo crime de perigo individual do art. 131, do Código Penal, o que se



dá mesmo que a contaminação efetivamente não ocorra, pela razão evidente de que se trata de um crime de perigo, que se aperfeiçoa com a mera causação do risco, ou seja, com a probabilidade de dano.

A lesão corporal, por sua vez, prevista no art. 129 do Código Penal, é crime que, como já referido, não diz respeito exclusivamente à integridade física, contemplando proteção, também, à saúde das pessoas, razão pela qual, no caso de efetiva contaminação dolosa, em não havendo, por óbvio, a morte, é delito que não se pode excluir entre aqueles de verificação possível em sucedendo a transmissão do vírus. Cabe lembrar que a lesão corporal, quando implica em risco de morte, é qualificada como grave, com pena elevada ao patamar de um a cinco anos de reclusão, e, se alude a enfermidade incurável, torna-se gravíssima, ensejando a pena variável entre dois a oito anos de reclusão.

Finalmente, o art. 330 do Código Penal, isto é, o crime de desobediência, surge como uma espécie de crime subsidiário, tal qual um soldado de reserva, para aqueles casos em que o art. 268, que é a infringência de normas administrativas, não se fizer presente.

Numa situação como a atual, é natural que o poder do Estado se amplifique, porque é necessário que normas e regramentos governem mais enfaticamente o comportamento das pessoas, evitando a difusão da contaminação, e, por isso, o descumprimento de ordens emanadas das autoridades estatais pode, eventualmente, convocar a incidência do art. 330 do Código Penal, que também é infração penal de menor potencial ofensivo, mas que, nem por isso, deixa de ostentar consequências de índole penal. Como é sabido, a caracterização da desobediência exige ordem direcionada a pessoa específica, e o seu mero descumprimento, desde que não se trate de comando manifestamente ilegal, é suficiente para a configuração do crime. Deste modo, a determinação de dissipação de reuniões de pessoas, a imposição de retorno ao ambiente doméstico, se vigente algum toque de recolher, ou mesmo a concitação à utilização de máscara, pela autoridade pública, se vierem a ser ignoradas pelo particular, podem ensejar o crime de desobediência, se não redundarem, obviamente, na caracterização de crime mais grave, por isso que a incidência do art. 330 do Código Penal é, como dito, subsidiária.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, assinala-se que o Direito Penal, em tempos de pandemia, não é exclusivamente o derivado do Código, pois há um conjunto de normativas, sobretudo administrativas, que completam o arcabouço legal tendente a lidar com essa situação complexa e difícil.

Não se pode ostentar ilusão alguma de que o problema da pandemia é algo a ser resolvido por meio do Direito Penal; um quadro como esse mostra que, no conjunto das ordens do conhecimento, em que se apresentam o Direito, a Política, a Economia, a Saúde, quando a situação no plano da saúde pública é radical, todas as outras ontologias regionais, de alguma maneira, submergem, e é natural, porque se está diante de um aspecto que diz respeito à sobrevivência do ser humano.

Dessarte, não se pode imaginar que, com o Direito Penal resolva-se, de modo suficiente, uma pandemia de consequências ainda tão incertas.

Por outro lado, há também uma consequência importante, porque revela que o Direito Penal apresenta-se como o mecanismo mais gravoso, a direcionar para a proteção dos interesses das pessoas, e, no fim, da coletividade em si. O Direito Penal não deve ser convocado a partir de qualquer lesão que se realize à ordem jurídica, pois há outras formas de resolvê-las; no entanto, há hipóteses mais graves, para as quais o Direito Penal será irrenunciável.

Não obstante, verifica-se no Brasil um desleixo sucessivo quanto ao cumprimento das normas ditadas mediante o escopo de fazer arrefecer a disseminação do vírus por meio de festas e reuniões clandestinas, a promoção indevida de aglomerações, a refutação ao uso de máscaras e equipamentos de proteção, a circulação em locais vedados pautada pelo mero espírito de lazer e sem qualquer necessidade. A aparente recusa, ou o voluntário esquecimento quanto ao acionamento dos mecanismos penais de contenção de comportamentos são assim havidos como ilícitos, porque transgressores das determinações do Poder Público, terá dado o seu contributo para essa arriscada flexibilização. A mensagem normativa transmitida pelo Direito Penal não pode ser trivializada, e a sua incidência, nestes



casos cada vez mais corriqueiros, assinala com ênfase necessária os tipos de conduta que, numa pandemia, são simplesmente intoleráveis.

Ao concluir-se, importa dizer que o papel do Direito Penal precede ao seu próprio acionamento, pois antes mesmo de alguém violar uma norma penal, essa já está cumprindo o seu papel de contenção de determinados comportamentos, de forma que o Direito Penal também é constitutivo dessa grande teia complexa, que é a rede das relações intersubjetivas.

Num momento tão inusitado, em que imperam as restrições e um difícil processo de distanciamento social, paradoxalmente, deve-se compreender como é importante o relacionamento entre as pessoas. Por tratar-se efetivamente de relações que se estabelecem entre pessoas, o Direito Penal compõe essa complexidade.

Em suma, as consequências da pandemia para o Direito Penal são a revitalização do conceito de bens jurídicos coletivos, a constatação da importância das normas penais em branco, dado o dinamismo das relações sociais, e a constatação de que, para determinados casos, é correta a formulação de tipos penais ao modo de crimes de perigo. Adicionalmente, conclui-se que há figuras típicas de incidência apropriada para o quadro de pandemia em que se vive, de modo que, deixando-se as ilusões de lado, em certos casos haverá comportamentos que se deve combater pela via do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o Direito Penal do risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*. In: **Zwei Aufsätze**. (coord.) José Luis Guzmán Dalbora e Thomas Vormbaum. Berlin: Lit Verlag Dr. W. Hopf, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: **Philosophy of Law**. Joel Feinberg and Hyman Gross (Org.). Encino: Dickenson Publishing, 1975.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts**. Giessen: Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1840.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos: o panorama político criminal comum, as distinções e consequências relativas ao princípio da reserva legal. In: **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em Direito Penal**. Fábio André Guaragni; Marion Bach (org.). São Paulo: Almedina, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*. In: **Freiheitliches Strafrecht**. Berlin: Philo, 2001.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 87, nov. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HÖRNLE, Tatjana. *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*. In: **Mediating Principles**. *Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Especial. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1996.

