UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Antônio Carlos Fontes Júnior
Prof. M.e Júlio César do Nascimento Rabêlo

Aracaju
2020

ANTÔNIO CARLOS FONTES JÚNIOR

A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo – apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado(a) em 03/12/2020.

Banca Examinadora

MSc. Júlio César do Nascimento Rabêlo
Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Renato Carlos Cruz Menezes
Professor(a) Examinador(a)
Universidade Tiradentes

Nelson Teodomiro Souza Alves
Professor(a) Examinador(a)
Universidade Tiradentes

A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Antônio Carlos Fontes Júnior[1]

Resumo

O presente artigo visa tratar da relação de incidência do ordenamento jurídico penal brasileiro nos possíveis tipos penais aptos a serem consumados em uma situação de pandemia. Tendo como base esse objetivo de fazer uma abordagem acerca da tipicidade dos fatos e compreensão da necessidade de proteção dos bens jurídicos tutelados, faz-se necessária uma análise da necessidade da presença do aparato estatal para a manutenção da ordem, além desse artigo abarcar o diálogo acerca do controle social e da abordagem em concreto do direito de ir e vir dos indivíduos em tempos de pandemia.

Palavras-chave: condutas; incidência; legislação; pandemia; tipicidade.

Abstract

This article aims to address the relationship of incidence of the Brazilian criminal legal system in possible criminal types capable of resulting from a pandemic situation. Based on this objective of approaching the typical nature of the facts and understanding the need to protect the protected legal assets, it is necessary to analyze the need for the presence of the state apparatus to maintaining order, in addition to this article covering dialogue about social control and the concrete approach to the individual's right to come and go in times of pandemic.

Keywords: conducts; incidence; legislation; pandemic; typicality.

[1]Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE. Email: juniorfontessnake@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista aspectos sócio-políticos que podem ensejar reflexos jurídico-sociais, o direito penal busca alcançar uma gama de crimes e contravenções que estariam propensos a sua incidência dentro de uma perspectiva de tipicidade (subsunção à norma) em situações de exceção em nossa sociedade, o que resta comprovado mediante ocorrência de uma pandemia.

Assim, no que se refere à análise das condutas, a apresentação destas que encontram a incidência em nosso ordenamento jurídico é primordial, de forma a proteger os bens jurídicos tutelados a serem apresentados, além de demonstrar, nessa pesquisa, a importância do aparato estatal na manutenção da ordem em tempos de pandemia.

Ainda, uma breve síntese analítica acerca da dicotomia entre controle social e o direito de ir e vir em tempos de crise pandêmica se faz necessária para uma abordagem mais técnica e abrangente do tema em apreço.

A pesquisa apresenta a sua relevância quando visa apresentar o comportamento do ordenamento jurídico criminal brasileiro quanto às diversas condutas que restam facilitadas em momentos de pandemia, de forma a fazer uma análise da tipicidade nos casos.

Este trabalho foi construído a partir de pesquisa bibliográfica acerca do tema, analisando sob uma óptica qualitativa os aspectos penais relacionados à integridade física dos bens jurídicos postos em risco em tempos de pandemia.

Ademais, a concepção material da ilicitude também não integrará a análise do presente texto, pois apenas a abordagem do aspecto formal se faz necessária para se dialogar acerca da incidência da norma penal nas condutas possivelmente incriminadoras, que podem vir a surgir em um tempo de pandemia.

Para fins de desenvolvimento desta produção acadêmica foi adotada a metodologia de abordagem dialética, expondo os delitos e as suas características de forma a construir uma análise crítica acerca do tema e das condutas perpetradas pelos indivíduos nesses períodos de exceção; ainda, foi aplicado o método qualitativo, quando da busca, no tema, por informações que proporcionam uma melhor compreensão do que é apresentado; a técnica de pesquisa bibliográfica e documental também foi utilizada enquanto fontes de pesquisa aptas a fundamentar os argumentos levantados nesta produção científica, utilizando-se de artigos jurídicos e obras doutrinárias para melhor imersão e compreensão do abordado.

2. UMA ABORDAGEM SOBRE O CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Dir-se-á crime quanto uma determinada conduta de um ou mais agentes resultarem em um fato típico, ilícito e culpável. Eis a teoria do crime adotada majoritariamente pelo Código Penal Brasileiro.

Para além dessas constatações legais, Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 1990) fundamentou alguns dos dispositivos normativos – com base no garantismo penal – presentes em nosso ordenamento jurídico hoje, em maior apreço no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940). Dentre as suas contribuições, temos a implementação da teoria dos 10 (dez) axiomas do garantismo penal no direito penal brasileiro: não há pena sem crime, não há pena sem lei, não haverá lei penal sem necessidade, não haverá necessidade sem ofensa a bem jurídico, não há ofensa a bem jurídico sem ação, não há ação sem culpa, não há culpa sem processo, não há processo sem acusação, não há acusação sem prova, e não há contraditório sem defesa.

Todos esses axiomas se manifestam no ordenamento penal brasileiro, seja como normas legais, seja como princípios penais processuais ou até mesmo materiais (a exemplo dos princípios da jurisdicionalidade, ônus probatório e contraditório judicial). Ainda, é notório o fato de que, no Brasil, normas e princípios ostentam força cogente equiparadas.

No debate acerca do fato típico, estaremos apenas tratando da subsunção de determinado fato a uma norma penal incriminadora, o que a princípio preenche o conceito de crime com a tipicidade, seja em seu contexto formal, ou até mesmo em seu contexto material.

É que em nosso ordenamento criminal encontramos excludentes legais (além das supralegais construídas doutrinariamente) de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Nessa toada, na produção acadêmica em questão, trabalharemos apenas a tipicidade do caso em concreto das condutas possivelmente criminosas em tempos de pandemia.

A antijuridicidade e a culpabilidade são elementos a serem tratados em uma outra perspectiva, não a de subsunção do fato à norma, mas aspectos sociais e de reprovabilidade interna do agente, o que não constitui objetivo dessa pesquisa.

No caso das condutas perpetradas pelos indivíduos em tempos de pandemia, encontraremos crimes, tais como o periclitação da vida e da saúde, perigo de contágio de moléstia grave, perigo para a vida ou saúde de outrem, lesão corporal, estelionato, fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro (esses dois últimos a serem abordados de maneira mais sucinta), epidemia, infração de medida sanitária preventiva, omissão de

notificação de doença e suas causas de aumento de pena (esses últimas três constituindo crimes contra a saúde pública dispostos no código penal brasileiro).

Dessa forma, sendo típico, ilícito e culpável o crime em nossa perspectiva tripartite do delito brasileira, tem-se que, sob o ponto de vista formal e de preenchimento da norma em decorrência da conduta, a tipicidade, esta que será analisada no contexto desta produção acadêmica, no que tange aos períodos de pandemia, situação de exceção a ser tratada em tópico vindouro.

Como forma de enriquecer os debates que abaixo serão expostos, uma análise acerca do princípio da legalidade deve ser feita. Tal princípio ostenta quatro faces, sendo também reflexos dos postulados do garantismo penal.

A primeira face proíbe a retroatividade da lei penal, só podendo haver crime em caso de lei penal prévia, situação em que o legislador não poderá editar lei para punir atos pretéritos não abarcados pelo ordenamento jurídico penal; a segunda face é a proibição de crimes e penas a partir dos costumes, que requer uma norma penal escrita e exarada pelo poder público para que haja a criminalização de determinada conduta; a terceira face proíbe o emprego de analogia (e não a interpretação analógica) para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; enquanto que a quarta face do princípio da legalidade proíbe incriminações vagas e indeterminadas, de forma a proteger o sujeito de direito de arbitrariedades por parte do Estado (GRECO, 2020).

Tendo em vista tais postulados, análises acerca do crime, delimitação científica, e abordagem do princípio da legalidade, necessária se faz a exposição do comportamento do ordenamento jurídico brasileiro quando em tempos de pandemia, demonstrando a proteção aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente para que assim possamos embarcar nos debates acerca das condutas legalmente tipificadas no Brasil.

3 A PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Há situações excepcionais em que o ordenamento jurídico deve moldar-se, o que ocorre com algumas leis temporárias que passam a viger nesses períodos. Passamos a presenciar, no corrente ano, a disseminação da pandemia gerada pelo surgimento da nova COVID-19, que fez com que toda a sociedade se unisse em prol de resguardar bens jurídicos que eventualmente estariam em risco, tendo em vista o alto índice de contágio do vírus.

No Brasil, a postura não foi diferente dos outros países, pois também se passou a adotar medidas legais e administrativas enquanto tentativa de frear a disseminação do vírus em seu território. Um exemplo disso foi a edição da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que previa medidas a serem utilizadas no enfrentamento da COVID-19, tomando ciência de que se tratava de uma questão de saúde pública no âmbito internacional.

A referida Lei dispôs, em seu artigo 3º, medidas que poderiam vir a ser aplicadas na presente situação de enfrentamento ao vírus, *in verbis*:

> "Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:
> I - isolamento;
> II - quarentena;
> III - determinação de realização compulsória de:
> a) exames médicos;
> b) testes laboratoriais;
> c) coleta de amostras clínicas;
> d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
> e) tratamentos médicos específicos;
> IV - estudo ou investigação epidemiológica;
> V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
> VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;
> VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
> VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:
> a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e
> b) previstos em ato do Ministério da Saúde". (BRASIL, 2020).

Observa-se que, nos dois primeiros incisos supramencionados, há possibilidade de edição por parte dos Entes, em uma competência administrativa praticamente comum do ponto de vista constitucional, de medidas que assegurem o bom deslinde do enfrentamento, de forma a fazer com que as pessoas passem a presenciar um controle social e de liberdade partindo do Estado em prol da coletividade.

Tais medidas fundamentam-se, *prima facie*, no princípio do direito administrativo que permeia os atos da administração quando considerado o poder de império: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (ALEXANDRE, 2018).

Também embasados no poder de polícia da administração pública, temos o exemplo do inciso terceiro, que possibilita a realização – de forma compulsória – de determinados atos por parte da administração pública com o mesmo fim supracitado de resguardar a incolumidade pública em detrimento de um interesse privado contrário. Estamos, nesse caso, tratando do comportamento legal inicial presente no ordenamento jurídico brasileiro para combate ao coronavírus.

Forma-se um aparato estatal legal de suma importância para o controle de massas, mas que passa a ser questionado quando em confronto com outros princípios constitucionais estabelecidos.

Em nossa concepção neoconstitucionalista, a sistemática principiológica ganha força cogente de norma jurídica para que se consolide a ordem estatal. Em teoria geral dos princípios, estes são fontes de integração normativa, sendo verdadeiros alicerces normativos presentes em um ordenamento jurídico.

Significa que servirão de inspiração para os legisladores quando do momento da formação das leis, atuando de forma direta e imediata para a garantia de uma análise sistemática de manutenção dos direitos fundamentais do cidadão. Princípios e regras detêm a mesma força cogente, diferenciando-se no sentido de que os princípios não podem ser anulados em face de análises temporais, análises quanto à especialidade, mas podem apenas serem sopesados e aplicados com uma menor força cogente aos casos em concreto (LENZA, 2018).

Dito isso, tomando como base apenas essa primeira norma de combate à pandemia, já nos deparamos com uma situação dicotômica no que tange ao controle social e ao direito de ir e vir dos cidadãos em tempos de pandemia – ou em qualquer situação que necessite um regime legal de exceção. O legislador veio a sopesar princípios que circundam a saúde pública, inclusive o da vida, ao adotar essas medidas sanitárias e de isolamento social,

entendendo que o direito de ir e vir no caso em concreto deveria ser restringido em detrimento de um bem maior.

A manutenção da ordem pública restou desafiada. No texto da Lei supracitada nos deparamos com uma situação prevista no §4º, do próprio artigo 3º, que assevera "Artigo 3º, §4º: As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei".

Aqui já encontramos viabilidade jurídica para que os entes passem a legislar – tomando os devidos cuidados quanto à competência constitucionalmente pré-estabelecida – não só para estabelecer medidas administrativas, sanitárias e de controle social, mas também para impor responsabilizações nas esferas de direito para os indivíduos que se rebelarem contra a tentativa de frear o combate e as suas medidas contra a pandemia.

No decorrer do enfrentamento, houve a edição de uma Portaria Interministerial, de nº 5, no dia 17 de março de 2020, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Nessa Portaria, além de estar disposta a questão da declaração de emergência em saúde pública em decorrência das infecções no território enquanto consideração para elaboração da mesma, versou sobre responsabilização penal pelo descumprimento do isolamento, dispondo que os infratores podem se sujeitar às sanções penais previstas no artigo 268 e 330, todos do Código Penal (BRASIL, 1940), senão vejamos:

> "Art. 4º: O descumprimento das medidas previstas no inciso I e nas alíneas "a", "b" e "e" do inciso III do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos art. 268 e art. 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave". (BRASIL, 2020).

Os crimes em comento são os de infração de medida sanitária preventiva (artigo 268, Código Penal) e o de desobediência (artigo 330, do Código Penal), alguns dos crimes que podem os agentes que desobedecerem às medidas incorrerem, a serem tratados em capítulos próprios.

4 OS POSSÍVEIS CRIMES DECORRENTES DA ÉPOCA DE PANDEMIA

O ordenamento jurídico penal brasileiro é vasto, poderíamos versar acerca de diversas possibilidades e essa produção acadêmica jamais se concluiria. Aqui serão apresentados os crimes tanto previstos em normas decorrentes do enfrentamento à pandemia, quanto de normas já tipificadas no Código Penal Brasileiro que podem se aplicar às possíveis condutas dos indivíduos que vierem a conturbar o bom deslinde do enfrentamento à COVID-19 e suas medidas sanitárias. Abaixo, restarão dispostos comentários acerca da possibilidade de consumação e diálogos acerca dos tipos penais.

4.1 O Delito de Epidemia

Previsto no artigo 267, do Código Penal Brasileiro, o delito de epidemia é uma espécie de delito-modelo para tratar nessa produção científica, e um dos mais possíveis de serem praticados em tempos de pandemia.

A tipificação do delito é clara, e traz em seu núcleo verbal a conduta de "causar", em uma acepção de produção, origem, e de gerar a epidemia. O contexto de diferença do que vem a ser uma epidemia, uma endemia e uma pandemia podem ser facilmente diferenciados. A epidemia é uma doença que surge em um local contaminando um grande número de pessoas, a endemia se caracteriza pela constância daquela doença em determinado local, algo mais regional e sazonal, enquanto que a pandemia ocorre quando vários países são assolados pela mesma doença (FARIA, 1961).

Nesse contexto, faz-se importante demonstrar a letra de lei do artigo em comento, presente no capítulo referente aos crimes contra a saúde pública, *in verbis*:

> "Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:
> Pena - reclusão, de dez a quinze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)
> § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.
> § 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos". (BRASIL, 1940).

Prima facie, percebe-se que o delito em apreço prevê uma modalidade culposa, de forma a proteger os bens jurídicos por ele tutelado (saúde e incolumidade pública) até mesmo quando o agente chega a agir por imprudência, negligência ou imperícia.

Insta salientar que este crime, em caso de morte, é previsto enquanto crime hediondo no rol taxativo da Lei nº 8.072/90:

> "Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
> (...)
> VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1o). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)". (BRASIL, 1990).

Em sua classificação doutrinária, trata-se de um delito comum (podendo ser praticado por qualquer pessoa), que admite forma dolosa e culposa (como supracitado), podendo ser comissivo (praticado por omissão imprópria por agente na qualidade de garantidor), de perigo comum e concreto, vinculado (apenas se consumando mediante a propagação de germes patogênicos), instantâneo, monossubjetivo, plurissubsistente e não transeunte (que deixa vestígios), e inserido no rol dos crimes hediondos em caso de morte (GRECO, 2020).

O objeto material do crime são os germes patogênicos, e para a sua consumação, o delito requer o dolo específico do agente, apesar de admitir a forma culposa; a tentativa é admissível. Há previsão de causa especial de aumento de pena em duas vezes no caso de morte. Vale lembrar que o crime também está abarcado na lei da prisão temporária, Lei nº 7.960/89, no caso do preenchimento dos demais requisitos previstos na lei (BRASIL, 1989).

Tendo em vista o exposto, todos os aspectos apresentados sobre o delito, é notório o fato de que se trata de um crime de alta probabilidade para a sua consumação em tempos de pandemia, causada pelo novo coronavirus. Percebe-se um comportamento pretérito (respeitando o princípio da legalidade) do ordenamento jurídico penal brasileiro que já previa a possibilidade de incorrermos em situações pandêmicas, tipificando condutas facilitadas em tempos de exceção, sendo o crime em comento um delito-modelo para fins dessa pesquisa.

4.2 O Delito de Desobediência

O delito de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), também está previsto na Portaria Interministerial, de nº 5, editada no dia 17 de março de 2020 (BRASIL, 2020), como um dos delitos em que o indivíduo que desobedecer às normas dispostas no inciso III do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020 estará incorrendo.

Previsto no capítulo referente aos delitos praticados por particulares contra a administração em geral, o delito de desobediência traz em seu núcleo do tipo o verbo desobedecer, que é autoexplicativo no sentido de deixar de atender à ordem emanada por funcionário público.

Insta salientar que a ordem deve ser legal, caso contrário estaremos fronte à situação em que o indivíduo não estará praticando o crime em comento. Essa desobediência pode se dar de maneira ativa (fazer) ou passiva (deixar de fazer).

No caso do coronavirus, temos lei que fundamenta a aplicação de determinadas medidas por parte dos agentes públicos, que estarão revestidos de presunção de legitimidade em seus atos, o que, a princípio, já pode fazer com que o agente pratique o delito de desobediência por se tratar também de crime instantâneo.

Doutrinariamente, o delito em questão é considerado monossubjetivo, comum, transeunte, além de requerer um dolo de não praticar a ordem, ou praticar conduta contrária a ela. O agente público que emanou a ordem será considerado sujeito passivo secundário, enquanto que o sujeito ativo primário é o Estado (GRECO, 2020).

A Portaria Interministerial supracitada foi uma forma de colmatar dúvida doutrinária acerca da aplicabilidade do crime de desobediência em caso de previsão de responsabilidade cível ou administrativa em lei própria, e, por pouco, o ordenamento jurídico não cometeu uma omissão legislativa. O doutrinador Nelson Hungria nos traz esse ensinamento:

> “Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330(ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do CPP, está sujeita não só a prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, com o ‘processo penal por crime de desobediência’) ”. (HUNGRIA, 1959, p. 420).

Resta comprovado que a portaria interministerial veio a colmatar essa lacuna legislativa já prevista na norma pretérita, prevendo o delito de desobediência em caso de não cumprimento de normas legais nas circunstâncias previstas legalmente para o combate ao coronavirus.

4.3 O Delito de Omissão de Notificação de Doença

Previsto no artigo 269, do Código Penal Brasileiro, o delito de omissão de notificação de doença é outro delito que, assim como o de epidemia, é uma espécie de delito-modelo para ser aqui tratado, além de também ser dos crimes com maior probabilidade de cometimento em tempos de pandemia.

A tipificação do delito requer uma atitude omissiva do agente, e traz em seu núcleo verbal a conduta de "deixar o médico de denunciar" (BRASIL, 1940), em uma verdadeira acepção de omissão por parte do agente específico.

Em sua obra, o professor Guilherme Nucci versa acerca dos elementos subjetivos do tipo de tal forma:

> "Deixar de denunciar (não delatar ou negar conhecimento sobre alguma coisa), o médico, doença de notificação compulsória (é a enfermidade cuja ciência, pelo poder público, é obrigatória. Trata-se de norma penal em branco, necessitando de complemento para ser compreendida, isto é, torna-se indispensável conhecer o rol das doenças de que o Estado deseja tomar conhecimento) à autoridade pública (é o órgão do Estado encarregado de fazer cumprir as leis ou determinações do poder público). A pena é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa". (NUCCI, 2020).

Trata-se, ainda, de um delito próprio, podendo ser praticado apenas por um médico, e que ainda traz em seu contexto a palavra denúncia, que significa "comunicado" sobre o que é dever do médico de notificar compulsoriamente. Ainda, temos que a autoridade pública que é referida no tipo penal é uma autoridade sanitária (GRECO, 2020).

Nesse contexto, faz-se importante demonstrar a letra de lei do artigo em questão, presente no capítulo referente aos crimes contra a saúde pública, vejamos:

> "Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:
> Pena detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa". (BRASIL, 1940).

Já no que tange à classificação doutrinária desse crime, temos um crime não transeunte (que deixa vestígios), plurissubsistente, próprio (o sujeito ativo deve ser um médico), omissivo próprio (já não havendo previsão para a sua modalidade culposa), de perigo abstrato e presumido (posição doutrinária majoritária), de forma vinculada, instantâneo e monossubjetivo (por se consumar com a conduta de apenas um sujeito) (GRECO, 2020).

Também, no que tange à classificação do crime, Guilherme Nucci versa que não será admitida tal possibilidade (NUCCI, 2020, p. 1.316)

O objeto material do crime é a notificação compulsória, tendo como os bens jurídicos protegidos a incolumidade pública/saúde pública, sendo estes bens jurídicos protegidos em quase todos os crimes apresentados nesta pesquisa, tendo em vista se tratarem de crimes capazes de se consumarem em épocas de delicada segurança na saúde nacional ou global.

Nas palavras de Rogério Greco (GRECO, 2020), o crime é assim descrito:

> "O delito se consuma quando a omissão do agente, no que diz respeito à denúncia à autoridade pública de doença cuja notificação é compulsória, cria, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública, tratando-se, pois, de uma infração de perigo concreto, cuja demonstração deverá ser procedida no caso concreto, embora a maioria da doutrina o classifique como sendo um delito de perigo presumido, abstrato, bastando a inação dolosa do agente para que reste consumado". (GRECO, 2020).

No delito, chegamos a encontrar causas de aumento de pena, previstas no artigo 258, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), seja no caso da obtenção do resultado de lesão

corporal de natureza grave (quando o aumento será de metade), ou no caso de morte (quando o aumento acontecerá no dobro da pena).

Assim, tendo em vista a apresentação do delito, temos que a probabilidade de ocorrência dele se perfaz no momento em que diversos casos estão sendo levados aos hospitais convencionais, de urgência e de campanha (criados para conter o avanço e as mortes causadas pelo coronavirus), e a omissão de um médico poderá vir levar à consumação de tal delito, sabendo-se que há necessidade da notificação compulsória prevista em lei para os pacientes que apresentem a nova COVID ou os seus sintomas.

4.4 O Delito de Infração de Medida Sanitária Preventiva

Aqui temos um dos dois crimes previstos enquanto responsabilidade, no artigo 4º da Portaria Interministerial, de nº 5, de 2020 (BRASIL, 2020), para os casos de descumprimento das medidas previstas na Lei que iniciou a tratativa da proteção estatal e normativa contra o coronavirus no Brasil.

Previsto no artigo 268 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 2020), o delito de infração de medida sanitária preventiva traz em sua conduta o verbo "infringir", podendo ser tomado como uma postura ativa ou passiva do indivíduo, consubstanciando uma norma penal em branco no Código Penal, que assim dispõe, *in verbis:*

> "Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:
> Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro". (BRASIL, 1940).

Como disposto acima, o delito requer uma conduta do indivíduo com fins específicos (dolo específico) de descumprir uma determinação do poder público destinada a impedir uma introdução ou propagação de doença contagiosa. Temos aqui, enquanto determinação do poder público (objeto material do delito) os casos previstos na Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020), que visam evitar a introdução e frear a propagação de uma doença contagiosa; no caso,

o coronavirus. Insta salientar que não há previsão para a modalidade culposa no crime em questão.

Doutrinariamente, classifica-se enquanto um crime comum, podendo ser praticado por qualquer indivíduo, sem necessitar de uma característica especial do sujeito passivo. Ainda, classifica-se enquanto delito não transeunte, doloso, de perigo comum/concreto, de forma livre, instantânea, monossubjetiva e plurissubsistente (GRECO, 2020).

Há, nesse crime, uma tentativa de aprimorar uma gestão penal de riscos. É notório o fato de que as estratégias adotadas pelos governantes não detêm um ponto de equilíbrio ou convergência entre elas, havendo a edição de leis e decretos díspares, mas que será necessário, em cada caso em concreto, analisar e comprovar o elemento subjetivo por parte do agente criminoso, e ainda podendo ser analisado o direito penal em sua face de *ultima ratio*, tornando a incidência da norma penal incriminadora subsidiária, podendo ser aplicadas punições administrativas no lugar do crime em comento enquanto medida mais razoável (BARBAGALO, 2020).

4.5 O Delito de Perigo de Contágio de Moléstia Grave

É fato consumado que o coronavirus é altamente contagioso, e que a sua contaminação em massa geralmente se dá em situações em que os agentes transmitem a doença de forma culposa. Ocorre que, em alguns casos, essa transmissão pode se dar de forma dolosa (com dolo específico), momento em que o agente irá praticar um ato capaz de produzir o contágio contra um ou mais indivíduos.

Nesse caso, teremos a consumação do crime perigo de contágio de moléstia grave, previsto no artigo 131 do Código Penal Brasileiro, presente no capítulo referente à periclitação da vida e da saúde (BRASIL, 1940), *in verbis:*

> "Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa". (BRASIL, 1940).

A primeira informação de grande valia que podemos extrair do sentimento legislado é que se trata de um delito formal, ou seja, mesmo que o agente pratique o ato para contaminar determinada pessoa ou grupo de pessoas, não será necessária a contaminação para que o crime venha a se consumar.

Doutrinariamente, pode-se classificar enquanto crime de forma livre, conforme descreve Rogério Greco (GRECO, 2020):

> "Meios de execução: o delito do art. 131 do CP pode ser considerado como de forma livre, podendo o agente praticar atos de qualquer natureza, por meios diretos ou indiretos, que possuam eficácia para a transmissão da moléstia de que está contaminado".

Tendo em vista o supracitado, um ato praticado por qualquer meio, pelo agente, poderá consumar o delito em questão. Ainda em suas características, é um crime formal, plurissubsistente, monossubjetivo, instantâneo, comissivo (cabendo a comissão por omissão no caso de agente garantidor), doloso e bipróprio (GRECO, 2020).

Além disso, para o doutrinador Guilherme Nucci, quando se trata do elemento subjetivo do tipo específico, afirma que está presente na forma "com o fim de transmitir a outrem" (NUCCI, 2020, p. 914).

Quanto à classificação enquanto crime bipróprio, temos que tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo devem ter características específicas, o primeiro deve estar contaminado, e o segundo não contaminado.

Ainda sobre o crime impossível nesse delito, nos ensina Rogério Greco (GRECO, 2020) em sua obra: "pode ocorrer por ineficácia absoluta do meio (agente que não era portador de qualquer doença), como pela absoluta impropriedade do objeto (vítima já contaminada com a doença grave que o agente pretendia transmitir-lhe".

Ainda, no caso do crime em comento, os ensinamentos do doutrinador Cléber Masson (MASSON, 2018) nos levam a quatro possibilidades de resultados: no caso de lesão corporal leve, o crime será absorvido pelo delito em comento; no caso de lesão corporal grave ou gravíssima, o agente responderá por estes crimes, por ser mais grave; em caso de resultado morte (com o elemento culpa), o agente responderá por lesão corporal seguida de morte; e,

por último, em caso de morte (dessa vez sendo dolosa), o agente responderá pelo delito de homicídio, necessitando uma análise do elemento volitivo do agente no momento do crime.

No caso, o agente que está ostentando coronavirus e decide contaminar uma ou mais pessoas estaria incorrendo no delito em questão, tendo em vista o alto grau de contaminação da doença, ofendendo a integridade corporal ou saúde da vítima, restando demonstrada a importância do aparato estatal para a manutenção da ordem com a previsão desse delito.

4.6 Outros Delitos

As possibilidades de cometimento de delitos em tempos de pandemia só não são infinitas devido ao fato do princípio da legalidade penal, mas são várias. Essa produção científica visa abordar os delitos que teriam uma maior facilidade de serem cometidos nesses tempos, além de apresentar o comportamento do ordenamento jurídico penal em nosso país perante tal situação de exceção.

Temos a possibilidade de consumação de delitos previstos em normas penais extravagantes (a exemplo de possíveis crimes cometidos contra a Economia Popular), ou até mesmo em atos com fins de contaminar determinado indivíduo com a intenção de matar, momento em que o agente agiria com *animus necandi* (intenção de matar), e estaria diante da imputação do delito de homicídio qualificado.

Insta salientar que, nos casos em concreto, a maioria dos crimes são não transeuntes, o que significa que são infrações penais que deixam vestígios (cabendo, inclusive, perícia nos casos em concreto). Para que se compreenda e não reste dúvidas acerca dessa classificação, os professores e doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves nos apresentam tal classificação doutrinária, além da necessária diferenciação entre os crimes transeuntes e não transeuntes:

> "A presente classificação, cuja relevância se dá no plano processual penal, distingue as infrações penais que deixam vestígios (não transeuntes ou delicta facti permanentis) das que não deixam vestígios (transeuntes ou delicta facti transeuntis). Sempre que o ilícito penal deixar vestígios, será obrigatória a realização do exame de corpo de delito (CPP, art. 158). A falta desta prova técnica não poderá ser suprida pela confissão do

> agente, embora se admita, quando desaparecerem os rastros da infração, que sua ausência seja superada com a realização de prova testemunhal (CPP, art. 167). São crimes transeuntes, por exemplo, a calúnia (CP, art. 138), a difamação (CP, art. 139), a injúria (CP, art. 140), todos estes se praticados por meio verbal. Como exemplos de crimes não transeuntes, podem-se citar o homicídio (CP, art. 121), o estupro (CP, art. 213), as lesões corporais (CP, art. 129). (ESTEFAM e GONÇALVES, 2020).

Também haverá a possibilidade da utilização do produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ou seja, a substância líquida ou sólida voltada à atenuação da dor ou cura dos enfermos, ou ainda a matéria destinada à prevenção dos males que acometem os seres humanos" (MASSON, 2018).

Quanto à questão do homicídio qualificado, estaríamos diante de interpretação analógica (e não analogia, vedada em caso prejudicial ao réu) do disposto no artigo 121, §2º, III, parte final, *in verbis*:

> "Art. 121. Matar alguém:
> (...) §2º: se o homicídio é cometido:
> (...) III: com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;". (BRASIL, 1940).

Dessa forma, tem-se que diversas são as possibilidades de cometimento de crimes nesses tempos de exceção, e que análise alguma da tipicidade dos atos praticados nesses tempos deve ser tida como absoluta devido à dificuldade em se averiguar o elemento volitivo do agente no momento da conduta, formando-se uma linha tênue entre a consumação de um ou de outro delito previsto no ordenamento jurídico penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, feita uma breve consideração acerca dos elementos constitutivos do crime no Brasil, discorrido sobre os princípios que norteiam a análise da tipicidade (mais

precisamente o princípio da legalidade), obtivemos substrato necessário para se analisar o coronavirus e os seus reflexos no direito brasileiro.

Acerca do debate quanto ao comportamento do ordenamento jurídico criminal brasileiro quanto às diversas condutas que restam facilitadas – para as suas consumações – em momentos de pandemia, seus reflexos foram analisados, obtendo a ciência, por meio desta produção, de que o direito brasileiro se resguardou com um conjunto normativo de enfrentamento à COVID-19, além de reafirmar a importância do aparato estatal para manutenção da ordem em tempos de pandemia, tratando também da dicotomia entre o controle social e o direito de ir e vir nesses períodos de exceção e de uma análise principiológica em nossa sistemática constitucional.

Por fim, restou comprovada que a pluralidade de condutas e de elementos volitivos capazes de ensejar crimes é altamente variável, chegando à conclusão de que o ordenamento jurídico penal brasileiro é capaz de conter – ou pelo menos responsabilizar – as determinadas condutas capazes de ofender a incolumidade física ou a saúde pública dentro de uma situação de exceção – coronavirus – global, pois goza de mecanismos, medidas sanitárias, medidas nacionais, portarias interministeriais e tipificações criminais capazes de orientar o bom comportamento individual em detrimento do bem comum, estando apto a estabelecer um controle social sem excluir os princípios norteadores da democracia ou direitos consolidados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo** / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio deJaneiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **O crime de infração de medida sanitária preventiva**. Maio de 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-crime-de-infracao-de-medida-sanitaria-preventiva#:~:text=O%20delito%20consiste%20em%20%E2%80%9Cinfringir,um%20ano%20al%C3%A9m%20de%20multa>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em 14 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Gabinete do Ministro. **Portaria Interministerial nº5**, de 17 de março de 2020.Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 14 out. 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado** – Coleção Esquematizado / Coordenador Pedro Lenza – 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro**: (comentado): (decreto n. 2848, de 7 de dezembro de 1940). vol. 7. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** (Teoria do Garantismo Penal). 4 ed. – São Paulo, RT, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado** / Rogério Greco. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. l, t. II.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**– 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** /Guilherme de Souza Nucci. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 4a. ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

SOUZA, Arthur Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. Gen Jurídico. **O novo coronavírus e o Direito Penal**. 06 de abril de 2020. Disponível em**:** <http://genjuridico.com.br/2020/04/06/novo-coronavirus-crime-de-epidemia/>. Acesso em: 14 out. 2020.