

## OpiniÃ£o: O Direito Penal contra delitos que favoreÃ§am a epidemia

A contínua expansão da pandemia de Covid-19 vem desafiando governos a adotar medidas enérgicas e excepcionais para frear a velocidade de propaga o da doença.   medida que a crise passa a afetar os diversos aspectos da realidade em que vivemos — tais como a saúde, a economia, o convívio social e o próprio meio ambiente —, mais intensa   a repercussão das medidas de interveno e de regula o sobre os mais variados campos do Direito.

No Brasil, o poder público tem adotado medidas para restringir a circula o e a aglomera o de pessoas, inclusive com o incentivo ao distanciamento social e   quarentena. Essas medidas, no entanto, nem sempre são acatadas, multiplicando-se relatos de pessoas que violam recomenda es e determina es. Tais viola es desafiam san es administrativas e penais, sendo crescente a demanda   atua o de autoridades encarregadas da investiga o e da persegui o criminal de seus responsáveis.

Para contribuir com a racionaliza o do poder punitivo em tempos de pandemia, apresentamos breves considera es sobre a eventual configura o de tipos penais que têm sido relacionados com os eventos recentes, notadamente daqueles previstos nos artigos 131, 132, 267 e 268 do Código Penal.

### Crimes em espécie

Nessa ordem, a conduta de “*Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio*” perfaz a descri o t pica do delito de “Perigo de contágio de moléstia grave” (artigo 131), ao qual se comina pena de reclusão de um a quatro anos.

Em primeiro lugar, embora ainda seja incipiente a produ o científica sobre o tema, não nos parece haver óbice para se enquadrar Covid-19 como “moléstia grave”, diante de seu alto  ndice de contágio e da acentuada taxa de mortalidade — especialmente em pacientes debilitados por doença preexistente ou pela idade. A configura o do tipo penal exige ainda que o agente não apenas saiba que está contaminado, mas que pratique ato efetivamente capaz de produzir contágio com o especial fim de contaminar outrem. Contudo, diante da previsão de especial fim de agir, só se pune por conduta praticada com dolo direto [1].

Trata-se de crime de livre execu o. Assim, por exemplo, se a pessoa que sabe estar contaminada manuseia ou expele saliva sobre qualquer objeto e o compartilha, ou se mant m contato físico com outrem, com a finalidade de transmitir a doença, configurado está o crime, independentemente do efetivo contágio de terceiros — que constitui mero exaurimento do delito [2].

Se o agente transmite a doença com o *animus* de matar a vítima, por exemplo dispondo de informa es sobre a vítima que tornem a morte bastante provável, o crime   de homicídio doloso, tentado ou consumado, a depender do resultado [3].

O artigo 132 do CP, por sua vez, criminaliza a conduta de “*expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente*”, cominando-se pena de detenção de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave — tratando-se, pois, de delito subsidiário, cujo processamento compete aos Juizados Especiais Criminais (artigos 60 e 61 da Lei 9.099/95)

Ainda que o agente não tenha a finalidade específica de transmitir a doença, sua conduta pode ser enquadrada no referido tipo penal, desde que ele saiba estar contaminado. Assim, quem, sabendo-se portador de Covid-19, sai às ruas sem equipamento de proteção e se aproxima de terceiros, incluindo-se deliberadamente em aglomerações ou participando de manifestações públicas, comete, em tese, o referido delito, sendo indiferente o efetivo contágio para sua consumação — eis que se trata de crime formal e de perigo [\[4\]](#).

Uma questão mais importante e difícil: e quem, mesmo acometido pela doença, não possui emprego formal e precisa sair para trabalhar? Nesse caso, para afastar a configuração do crime, nos parece necessário avaliar com rigor a existência do “perigo atual” que a lei exige para a configuração de estado de necessidade. Não podem ter a mesma consequência jurídica o caso da pessoa contaminada pobre ou miserável, que sai às ruas para garantir seu alimento e de seus dependentes, e o do autônomo de classe média que, mesmo contaminado, sai às ruas para compor sua renda familiar. De todo modo, o auxílio emergencial do governo instituído pela Lei 13.982/2020, ainda não implementado de forma ampla, pode influir na aferição do estado de necessidade.

Veja-se ainda que, como esse delito é subsidiário, e caso a exposição de terceiro a perigo resulte em efetivo contágio, o tipo penal aplicável deixa de ser o do artigo 132 e passa a ser o do artigo 129, § 6º, qual seja, de lesão corporal culposa, por restar consumada ofensa à saúde de outrem.

Já o artigo 267 do CP define o crime de “*Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos*”, cominando a pena de 10 a 15 anos de reclusão.

Esse delito parece ter pouca ou nenhuma aplicabilidade hoje. Para sua configuração, seria exigível que o agente atuasse dolosamente para ele próprio levar a doença a número indeterminado de pessoas e atingisse o resultado desejado [\[5\]](#). Essa conduta seria bastante improvável considerando que todas as regiões do Brasil já possuem casos confirmados de Covid-19, inclusive com transmissão comunitária, parecendo irreal atribuir a causa dessa doença em determinada região a um agente específico.

De todos os delitos mencionados, o que aparenta ter maior aplicabilidade prática é o tipo descrito no artigo 268, cuja conduta consiste em “*Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*”, com pena de detenção de um mês a um ano — o que atrai a competência dos Juizados Especiais (artigos 60 e 61 da Lei 9.099/95).

Sob um primeiro olhar, parece simples a inteligência do tipo penal, bastando o descumprimento das ordens de distanciamento social recentemente exaradas por autoridades públicas. Porém, deve-se adotar muita cautela na aplicação desse tipo penal, por se tratar de norma penal em branco. Para plena compreensão de sua abrangência, portanto, não é admissível a análise do tipo penal sem a rigorosa atenção às normas de natureza administrativa e sanitária que o complementam.

Assim, à regularidade formal de qualquer denúncia pela prática do referido delito é imprescindível a indicação da norma administrativa complementadora que prescreva determinado comportamento, positivo ou negativo, violada na hipótese. Não se há que falar em violação genérica à situação de calamidade pública ou de emergência, devendo ser pontuado especificamente qual ato ordinatório destinado a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa foi violado.

Para se identificar qual seria a norma destinada à complementação do tipo penal do artigo 268 na crise atual, importa notar que, por um lado, o artigo 3º, § 7º da Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que “*dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*” [6], permite que gestores estaduais e municipais de saúde sejam autorizados pelo Ministério da Saúde a adotar, dentre outras, medidas de isolamento e de quarentena — o que, como amplamente divulgado pela imprensa, vem gradativamente sendo feito por estados e municípios do país.

Por outro lado, até o presente momento, não foi formalmente decretada qualquer medida de quarentena ou de isolamento social no âmbito federal. Segundo o artigo 4º, §1º da Portaria do Ministério da Saúde 356, de 11 de março de 2020 [7] — que regulamenta a citada Lei 13.979/2020 —, a determinação de medidas de quarentena deve ser decretada por ato formal e devidamente motivado.

Nesse contexto, muito embora o artigo 4º da Portaria Interministerial 5, de 17 de março de 2020 [8], estabeleça que o descumprimento das medidas, dentre outras, de isolamento e de quarentena poderá sujeitar os infratores à sanção penal prevista no artigo 268 do Código Penal, a nosso ver, a permanência em local com aglomeração de pessoas não configuraria o crime previsto no artigo 268, diante da ausência de determinação federal a esse respeito.

Embora Nelson Hungria tenha expressado que a “*determinação do poder público*” pode advir de autoridades municipais ou estaduais [9], entendemos que o princípio da legalidade e a competência privativa da União de legislar sobre matéria penal impõem que apenas lei federal e seus regulamentos podem preencher o tipo penal em questão [10].

A utilização de determinações do poder público específicas de cada estado e município para complementar o artigo 268 traria incontornável insegurança jurídica para a aplicação da lei penal, sobretudo no tocante a seu aspecto territorial. Por exemplo, poderia haver a criminalização de conduta perpetrada em determinado município em que vigore uma norma sanitária contra a pandemia e, ao mesmo tempo, a não incidência da norma penal sobre a mesma conduta eventualmente praticada em município vizinho que não tenha disciplinado a mesma questão.

Casos concretos de condutas semelhantes em lugares diferentes já existem. Em registro no dia 27 de



março de 2020, na 76ª Delegacia de Polícia do estado do Rio de Janeiro, amplamente noticiado pela mídia, um deputado estadual supostamente teria participado de uma festa com aglomeração de pessoas [11]. No estado do Rio Grande do Norte, a Polícia Civil registrou fato semelhante, envolvendo um empresário que teria promovido uma festa no dia 28 de março e descoberto no dia seguinte ser portador do Covid-19 [12]. Em ambos os casos, a autoridade policial enquadrou o fato no artigo 268, do Código Penal.

Em relação a esse crime, a autoridade policial deve indicar os dispositivos que preenchem a norma penal em branco, para preservar a regularidade do termo circunstanciado. Ocorre que não há norma federal específica contendo determinação apta a complementar o artigo 268 no combate à pandemia — havendo apenas autorização legal para a adoção de medidas por gestores locais.

Ademais, embora seja relevante o papel dos estados e municípios no tratamento normativo de medidas voltadas à mitigação das consequências da pandemia, tal combate deve se dar de forma linear e coordenada em todo território nacional, segundo o parecer do Procurador-Geral da República apresentado em 7 de abril de 2020 na ADI 6.341/DF. Assim, quando for do interesse da União, podem ser estabelecidas as determinações nacionalmente relevantes aptas a complementar o artigo 268, o que preservaria, enfim, a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal, mantendo-se incólume o pacto federativo.

Por isso, ao menos por enquanto, à míngua de determinação do poder público federal nesse sentido, nos parece inaplicável o referido tipo penal às pessoas que deixam de observar normas de distanciamento social, não se podendo criminalizar condutas com base em critérios estaduais ou municipais, sob pena de ofensa não só ao princípio da legalidade, mas ainda ao próprio pacto federativo e à divisão de competências legislativas previstas na Constituição.

### **Conclusão**

Como se vê, crimes definidos no Código Penal especialmente relevantes em contexto grave de pandemia, embora destinados a tutelar bens jurídicos tão caros como a vida e a saúde, dependem, para sua configuração, do preenchimento de diversos requisitos específicos que, na prática, restringem sua aplicação.

O Direito Penal não é, porém, nem de longe, a melhor solução para a crise que vivenciamos. O próprio encarceramento, aliás, ameaça a efetividade do combate sistêmico à pandemia, dado o deplorável estado do sistema prisional brasileiro. A esse respeito, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62, de 17 de março de 2020, preconizando a redução do número de pessoas no sistema carcerário, e restringindo a hipóteses excepcionais a decretação de novas ordens de prisão provisória, tudo com vistas à redução dos riscos epidemiológicos.

Cada estado e município deverá exercer o poder de polícia administrativa contra violações de normas locais, não dependendo da incriminação de eventuais violações para fiscalizar seu cumprimento. Não obstante os mencionados limites à aplicação de reprimenda de natureza penal a atos envolvendo a propagação da atual pandemia, o Estado é dotado de poder de polícia para a imediata aplicação de sanções administrativas para a contenção da doença. É justamente o que se faz em países como França e Espanha, onde os elevadíssimos índices de contaminação motivaram a proibição de circulação

---

desautorizada de pessoas nas ruas, sob pena de multa.

Além da autoexecutoriedade de suas decisões, o direito administrativo já é dotado de sistema sancionatório, atribuindo consequência jurídica em forma de sanção às violações de normas sanitárias. Desse modo, diante do princípio da subsidiariedade do direito penal, sua aplicação se revela, em regra, despidianda no combate ao coronavírus, devendo ser preservada sua condição de *ultima ratio*.

O Direito Constitucional, aliás, também vem sendo bem manejado para garantir a eficácia das medidas preconizadas pela Organização Mundial de Saúde, pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina. Como visto na ADPF 669/DF, o ministro Roberto Barroso deferiu, 31 de março de 2020, medida liminar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população.

Em que pese, portanto, toda a comoção social e a necessária ação vigorosa e efetiva do poder público para o combate à pandemia, não deve o Estado se valer do uso indiscriminado do direito penal, sendo muito mais efetivo e célere o emprego do direito administrativo sancionador. A aplicação do direito penal deve ser subsidiária, mesmo em tempos excepcionais, nos estritos limites da normalidade do estado democrático de direito.

---

## REFERÊNCIAS

[1] – Em lição precisa sobre o tema, Juarez Tavares consigna: “Essa conclusão decorre precisamente da incompatibilidade dos tipos com elementos subjetivos especiais, os chamados tipos com intenção interna transcendente, com o dolo eventual. É logicamente incompreensível que o agente deva perseguir conscientemente uma determinada finalidade, mas sua atuação seja pautada com base exclusivamente em juízos de probabilidade.” Prefácio ao livro de comentários à Lei de Abuso de Autoridade, organizado por Gustavo Badaró e Juliano Breda, no prelo.

[2] – Souza, Artur de Brito Gueiros. Direito penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018.

[3] – Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, Volume 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977

[4] – Bitencourt, Cezar Roberto. Código penal comentado / Cezar Roberto Bitencourt. — 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito penal – Legislação I. Título.

[5] – Nucci, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

[6] – Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020

<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>



[7] – Portaria nº 356, DE 11 de março de 2020

<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>

[8] – Portaria interministerial nº 5, de 17 de março de 2020

<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>

[9] – Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, Volume 9. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

[10] – O STF, no Inquérito nº 1915-1, em 5 de agosto de 2004, e o STJ, no Recurso em Habeas Corpus nº 71.794/MG, julgado em 4/10/2016, admitiram que normas penais em branco fossem complementadas por normas municipais. Os precedentes, no entanto, tratam de tipos penais descritos no art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, que dispõe sobre "crimes de responsabilidade" praticados por Prefeitos.

[11] – Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/27/deputado-estadual-detido-coronavirus.htm>

[12] – Disponível em <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/04/02/policia-investiga-empresario-com-coronavirus-que-fez-festa-para-15-pessoas-no-rn.ghtml>