# Mac Cracken: Covid-19 como agravante ou atenuante da pena

Em 20 de março deste ano, o Congresso Nacional decretou, por meio do Decreto Legislativo 06/2020, [illegible]ia da pandemia de Covid-19. Também o fizeram diversos Estados da federação, nos limites de suas competências.

Desde então tem sido comum o reconhecimento, por magistrados, da incidência, em casos ocorridos durante a pandemia de Covid-19, da circunstância agravante prevista no artigo 61, I, "j", do Código Penal, que prevê:

*"Artigo 61 — São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:*
*j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido".*

É certo, contudo, que tal reconhecimento indiscriminado da agravante, a par de inadequado sob o ponto de vista dogmático, também enseja, por diversas vezes, gravíssimas injustiças — porquanto, em determinados casos, redunda em punição a maior de pessoas que não apenas não se prevaleceram das fragilidades ensejadas pela pandemia como também foram suas maiores vítimas.

O presente artigo se volta, precisamente, à demonstração da incorreção de tal proceder, bem como à reflexão acerca das reais e legítimas repercussões que a pandemia de Covid-19 pode ter na segunda fase da dosimetria da pena — na qual, conforme se sabe, analisa-se a eventual incidência de agravantes e atenuantes.

Inicialmente, importa salientar que a escorreita compreensão do alcance e das hipóteses de incidência da agravante acima transcrita passa, necessariamente, pela lembrança do que dispõe o artigo 5º da LINDB, aplicável a todos os ramos do Direito, segundo o qual, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O dispositivo em questão consagra a interpretação teleológica das normas, que não podem ser aplicadas de forma dissociada da realidade social e da sua finalidade.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Isso posto, vale observar que a finalidade da agravante em questão é, a um só tempo, a de proteger a sociedade (que pode se ver, em contexto de calamidade, desguarnecida dos mecanismos de proteção normalmente existentes) e a de punir mais rigorosamente a conduta daquele que, valendo-se das facilidades decorrentes do contexto calamitoso, pratica delitos.

É evidente, à luz do exposto, que as finalidades da norma apenas serão satisfeitas em casos nos quais o agente tiver efetivamente se valido das fragilidades ocasionadas pela pandemia para delinquir. Por outro lado, a aplicação da agravante a casos em que inexiste qualquer relação entre a prática delitiva e os efeitos da calamidade pública será absolutamente despropositada e ilógica — consubstanciando-se em estéril acréscimo punitivo absolutamente injustificável na medida em que não relacionado com o maior desvalor da conduta.

Anote-se que tal interpretação teleológica do dispositivo é, também, amplamente esposada em sede doutrinária.

De fato, ensina Roberto Lyra, em seus "Comentários ao Código Penal" (p. 312) [1]:

*"A última agravante (letra "k"), também comunicável e, em regra, subjetiva, cuida das situações previstas, nos mesmos termos, no §1 do artigo 39 do Código de 1890. O agente não cria, como na letra "d", mas aproveita os efeitos da calamidade pública (além dos exemplos legais: seca, epidemia, guerra, extrema e geral carestia da vida, invasão armada, insurreição, certas greves etc.) que, por natureza, atinge a coletividade, ou de calamidade particular (acidente, falência, infortúnios domésticos e pessoais em geral etc.)".*

Também nessa esteira prelecionam Celso, Roberto e Fabio Delmanto:

*"Por ocasião de calamidade pública: O CP manda agravar a pena quando o agente se aproveita de especiais situações para a prática do crime, perpetrando-o em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou outra calamidade pública semelhante. Embora não tendo provocado tais situações, o agente se vale das facilidades que dela decorrem: dificuldades de policiamento, menor cuidado da vítima etc."* [2].

E assevera Luiz Regis Prado**:**

*"Essa circunstância implica maior gravidade do injusto, de modo a agravar o desvalor da ação, dado que a produção do resultado delituoso revela-se mais provável. É necessário que o agente tenha se aproveitado, de modo consciente e voluntário, da ocasião ou do momento particularmente difícil em que se encontra a vítima, com o fim de dificultar sua defesa. Tal agravante também se fundamenta em razões político-criminais, pois o agente pode prevalecer-se das circunstâncias não apenas para debilitar a defesa da vítima, mas também para facilitar sua impunidade"* [3].


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Da análise dos trechos doutrinários acima destacados, é possível inferir a existência de constante referência à já mencionada finalidade da norma: a de punir mais rigorosamente a conduta daquele que se vale das fragilidades ensejadas pela pandemia. É, pois, nesse específico agir que se visualiza o maior desvalor da conduta. E é tal desvalor que atrai a incidência do aumento de pena.

Na linha do exposto, é possível concluir que absolutamente imprescindível, para a correta aplicação da agravante, que se analise, detidamente, as efetivas consequências da calamidade pública a que faz referência o texto normativo.

Ora, é cediço que a pandemia de Covid-19 produziu sensíveis mudanças nos mais variados aspectos da vida humana.

Mas um olhar atento às estatísticas e informações disponíveis a respeito dos efeitos da pandemia revela que ela não ensejou, em geral, diminuição do efetivo policial ou do patrulhamento de rotina. Pelo contrário. Houve, em algumas localidades, expressivo aumento da vigilância ostensiva.

Tomando São Paulo como exemplo, é de se notar que, em 26 de março, seis dias após a decretação da calamidade pública, foi publicada matéria jornalística que noticia: *"A Polícia Militar decidiu ocupar as ruas de São Paulo esvaziadas pela quarentena iniciada nesta semana para conter a pandemia do novo coronavírus. Numa mudança de estratégia observada nesta quinta pelo UOL na cidade, a PM aumentou o policiamento ostensivo para 'aumentar a percepção de segurança' da população"* [4].

Uma pesquisa superficial permite, ainda, a descoberta de que, sob a pandemia, ocorreu um expressivo aumento de mortes por intervenção policial (21% no primeiro semestre de 2020). Questionado a respeito, o secretário-executivo da Polícia Militar de São Paulo respondeu que os números se justificariam pelo aumento do policiamento ostensivo no estado. E acrescentou que *"A polícia chega quando o crime está acontecendo, então, nessa pronta resposta, chegando quando o delito está acontecendo, às vezes, leva ao confronto. E a polícia de São Paulo está bem preparada para esse enfrentamento"* [5].

Considerando-se tudo quanto exposto, conclui-se que a circunstância agravante em questão não se justifica na maior parte dos delitos que compõem aquilo que se denomina "criminalidade de rua". E isso porque inexiste, em regra, qualquer nexo entre a prática, por exemplo, do delito de tráfico de drogas, de roubo ou de furto com as fragilidades concretamente ensejadas pela pandemia. Afinal, se não houve arrefecimento da vigilância policial não é possível vislumbrar, ao menos *a priori*, qualquer fragilidade na prevenção e repressão desta expressão da criminalidade.

Por outro lado, tem-se que possível a incidência da agravante em relação, por exemplo, a um ocupante de cargo eletivo que, valendo-se das circunstâncias propiciadas pelo momento, superfatura respiradores ou outros materiais sanitários, angariando, assim, vantagem indevida.

Como se vê, a norma somente será corretamente aplicada se devidamente considerados os efeitos concretos da pandemia e sua relação de causalidade com a prática delitiva sob julgamento.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nesse ponto, importa observar que a aplicação indiscriminada da agravante, para além de revelar evidente descompromisso com a real finalidade da norma, tem ensejado graves injustiças — porque, além de romper de forma explícita com os propósitos da norma, termina por ensejar tratamento mais rigoroso a numerosos casos nos quais a pandemia deveria, na realidade, ser empregada como atenuante.

Senão, vejamos.

O Direito Penal, profundamente seletivo, recai, com muito mais vigor e eficiência, sobre determinados estratos sociais, alcançando, com indisfarçável rigidez, os vulneráveis. Em 2017, foi publicado, pelo Depen, relatório elucidativo dessa realidade. De acordo com o referido relatório: a) apenas 0,5% dos presos possuem ensino superior completo; b) 51,3% dos presos possuem ensino fundamental incompleto; c) a maior parte dos presos é composta de jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade.

Isso posto, é de se ver que a pandemia de Covid-19, conquanto tenha projetado, em alguma medida, efeitos sobre todos, atingiu com muito mais vigor os estratos sociais já historicamente vitimados pelos violentos processos sociais, econômicos e culturais que formaram a sociedade brasileira — precisamente, vale notar, os estratos sociais dos quais o Direito Penal rotineiramente extrai sua clientela.

Ora, não há como imaginar que pessoas que sofrem, por exemplo, com a falta de saneamento básico, com precárias condições de moradia e de trabalho e com a deficiência de serviços de saúde públicos não tenham sido muito mais expostas aos efeitos nefastos da pandemia do que aqueles que contam com uma estrutura mais adequada de moradia, trabalho e proteção à saúde.

Tanto é assim que houve, sob os efeitos da pandemia, um comprovado e perceptível aumento da população de rua em boa parte das capitais dos Estados brasileiros [6] [7].

E grande parte das pessoas que compõem as camadas mais vulneráveis da sociedade se viram empurradas, pela pandemia, para a pobreza extrema [8].

Tem-se, pois, que a pandemia pode e deve, em relação a determinados grupos sociais e a determinadas práticas delitivas, ser considerada como circunstância atenuante.

De fato, é absurdo imaginar, por exemplo, que pessoas em situação de rua, já em situação de absoluta vulnerabilidade e superexposição aos efeitos da pandemia, sejam, quando de eventual imposição de pena, punidos ainda mais rigorosamente por força da pandemia — cujos efeitos eles, mais do que ninguém, tão bem conheceram.

É, contudo, a esse tipo de absurdo que a interpretação equivocada do dispositivo legal, aliada à noção de que não se deve analisar o contexto social do agente — salvo, é claro, para aumentar sua pena —, tem conduzido (e com muita frequência, considerando-se o perfil dos usualmente selecionados pelo sistema punitivo).

Importa observar que a consideração de relevantes fatores sociais na aplicação da pena não é proposta inédita.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De fato, já há tempos se reconhece a noção de coculpabilidade [9], gestada por Zaffaroni, segundo a qual o contexto social desfavorável em que o agente se desenvolveu pode e deve ser considerado quando da imposição de reprimenda por delito que tenha perpetrado.

Posteriormente, buscando enfocar mais a seletividade do sistema penal do que a autodeterminação do agente, o importante autor argentino construiu a noção de culpabilidade por vulnerabilidade, segundo a qual deve-se analisar, no âmbito da culpabilidade — e, por conseguinte, no contexto de um juízo de reprovação — a vulnerabilidade do agente, determinante para a sua seleção pelo sistema penal.

Vê-se que o que Zaffaroni busca, em última análise, é prestigiar a igualdade material, distinguindo o tratamento penal que é dado aos miseráveis daquele que é dado aos que tiveram todas as condições necessárias para evitar o desvio criminal — ou que, por força de tais condições, dificilmente serão selecionados pelo sistema criminal, mesmo que incorram no desvio.

É na linha de tais importantes construções doutrinárias, cujo propósito último é o de conferir ao Direito Penal uma mínima densidade humanística capaz de, ao menos, reconhecer as desigualdades que determinam, muitas vezes, sua aplicação, que defendemos que a pandemia, em determinados casos, deve ensejar o abrandamento da pena imposta, por meio da aplicação do artigo 66 do Código Penal, que prevê a figura da atenuante inominada.

Conclui-se que a pandemia (e a calamidade social dela decorrente) pode, a depender do caso concreto, ensejar o reconhecimento de circunstância agravante ou atenuante.

Constituirá agravante nos casos em que o agente se valer das fragilidades ensejadas pela pandemia para delinquir. Por outro lado, deverá ser, indubitavelmente, reconhecida como atenuante inominada quando as circunstâncias da prática delitiva revelem que o agente agiu em decorrência, dentre outras causas, de situação de vulnerabilidade evidentemente agravada pela pandemia de Covid-19.

[1] Lyra, Roberto; Comentários ao Código Penal, Editora Forense; 2ª Edição, 1958, p. 312.

[2] DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 271). (grifos no original).

[3] PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal: Jurisprudência, Conexões Lógicas com os Vários Ramos do Direito. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 335.

[4] https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/26/policiais-parados-vao-para-a-rua-em-estrategia-da-pm-na-sp-esvaziada.htm.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[5] https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/25/mortes-cometidas-pela-policia-militar-de-sp-crescem-21percent-no-primeiro-semestre.ghtml.

[6] https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35811.

[7] https://exame.com/brasil/pandemia-da-pobreza-desemprego-muda-perfil-da-populacao-de-rua-do-rio/ .

[8] Nesse sentido, de acordo com o Banco Mundial, estima-se que, em 2020, 115 milhões de pessoas ingressaram na faixa de pobreza extrema. Por outro lado, bilionários se beneficiaram, em muito, da pandemia, tendo experimentado expressivo aumento de sua fortuna.

[9] Sobre o tema, escreve o autor da teoria: *"Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade — por melhor organizada que seja — nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'coculpabilidade', com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo Direito Penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver nº 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do artigo 66".*

**Date Created**
28/10/2020


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.