

A pandemia e o Direito Penal.

Orlando Faccini Neto - Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Mestrado do IDP - Brasília, da Pós Graduação em Direito Penal e Política Criminal da UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

1. Estamos vivendo um tempo completamente inusitado. Há, em curso, uma pandemia e praticamente todos nós estamos experimentando um período de reclusão difícil. Os sentimentos se apresentam de uma maneira completamente distinta daquela que normalmente acontece, na medida em que estamos oprimidos por uma realidade que nunca vivenciamos. Somam-se ao medo, o tédio, a angústia, na medida em que a nossa própria liberdade de trânsito é, com amplas justificativas, comprimida.

Numa situação complexa como essa, é importante discutir algumas questões jurídicas, mormente no campo do Direito Penal. Isto porque há alguns tipos penais que sobressaem, que tem sua incidência, por assim dizer, mais pertinentes a esse momento, e, além disso, há corolários em termos de dogmática, ou de teoria do Direito Penal, que se revelam importantes. De maneira que a ideia deste texto é tratar das figuras típicas correlacionadas com esse momento.

2. De início, porém, realizarei uma abordagem geral, e, depois, pretenderei ir especificando os termos dessa discussão, para, finalmente, ingressar na temática mais particular dos tipos penais que se poderiam revelar numa situação de pandemia.

A primeira vertente dessa abordagem mais ampliada revela o seguinte: que neste período de pandemia, pelo menos três categorias do Direito Penal, muitas vezes rechaçadas por alguma doutrina, adquirem novo significado e mostram a importância que têm.

A primeira delas alude à temática dos bens jurídicos coletivos.

Sabemos que a trajetória da teoria do bem jurídico começa no século XIX, com a perspectiva de que o bem jurídico haveria de ser considerado em termos de lesões aos

interesses das pessoas. Isto tinha uma dimensão importante, já era uma espécie de densificação teórica do conceito, mas não respondia, sobretudo, a um questionamento pertinente àquela época, e que dizia respeito aos crimes contra os sentimentos religiosos. Muito em função disso, a evolução da ideia de bem jurídico passou a abarcar as lesões coletivas e, até o presente, vimos assistindo a uma espécie de reforço muito consistente na temática da criminalização de condutas que afrontem interesses não individualizáveis. Os exemplos são vários, como o meio ambiente, o sistema financeiro, o patrimônio público, para ficar apenas nisso.

Quando se vive um período como este, de pandemia, aqueles que são críticos à criminalização de condutas que violam interesses coletivos têm o ônus de explicar de que maneira se poderia cuidar desse tipo de situação. Há autores muito relevantes que defendem a ideia de que o Direito Penal deveria seguir aferrado ao seu chamado padrão clássico, ou seja, aquele Direito Penal cuja tutela estivesse concentrada na propriedade, no patrimônio, e, conseqüentemente, que aludisse exclusivamente à proteção dos interesses individuais. Se essa é uma visão aparentemente elitista, na medida em que retira do Direito Penal exatamente aquelas condutas praticadas pelas classes sociais mais abastadas, e relega o Direito Penal unicamente para que tenha sua incidência naqueles casos de delitos praticados pelas pessoas mais pobres, além disso, a verdade é que, quando se fala de proteção da saúde pública, ou seja, da incidência criminal na proteção deste interesse coletivo, máxime em tempos de pandemia, efetivamente estamos a reconhecer a importância dessa categoria, qual seja, a dos bens jurídicos coletivos.

De maneira que quem recusa a ideia dos bens jurídicos coletivos acaba deixando a saúde pública e, conseqüentemente, os interesses mais expressivos das pessoas, desprotegidos numa situação como essa.

A segunda categoria que é resgatada, neste momento de pandemia, é a dos chamados crimes de perigo. Tais crimes, como cediço, são alvo de diversos ataques doutrinários, no sentido da sua ilegitimidade, porquanto o Direito Penal haveria de incidir somente quando houvesse dano, ou seja, resultado lesivo ao bem jurídico. A questão, entretanto, é que vivemos numa época em que a dimensão do risco, ou seja, da probabilidade de dano, é significativamente importante, e, muitas vezes, evitável. Atualmente, é possível prevermos situações que, em ocorrendo, terão uma gravidade

brutal, de consequências tremendas. Quando isso sucede, é natural que se antecipe a tutela penal, de modo que, antes mesmo de que a lesão ocorra, e com o desiderato de inibi-la, o Direito Penal já atua para tutelar e proteger o bem jurídico.

A terceira categoria que se afigura importante neste quadro é a das chamadas normas penais em branco. Não é necessário ingressar em sua classificação, que alguma doutrina realiza, sobre serem as normas penais em branco *lato sensu* ou *stricto sensu*. A nomenclatura não se revela importante, pois o certo é que as normas penais em branco, que são aquelas cujo conteúdo carece de complemento e, sobretudo, cujo conteúdo carece de um complemento não legislativo, mormente em termos de atos administrativos, afeiçoam-se com o princípio da legalidade, visto que o conteúdo da proibição já vem expresso pela lei. Sucede que determinadas situações carecem de uma espécie de velocidade normativa que o parlamento não é capaz de dar, seja no sentido do preenchimento do conteúdo, seja no sentido de alterações que, eventualmente, se afigurem necessárias. Quer dizer, os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, por 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.

Para além disso, embora não seja exatamente um tópico de Direito Penal, parece importante referir que o momento atual também nos faz pensar a respeito do chamado confronto entre o interesse público e o interesse particular. O Direito Constitucional e o Direito Administrativo de outrora consagraram a parêmia cediça da preponderância do interesse público sobre o interesse particular, mas, como se sabe, isso foi sendo alterado ao longo do tempo, principalmente por algumas decisões judiciais. A situação que vivenciamos mostra, contudo, que a Carta Constitucional não é formada somente de direitos, visto que também estabelece deveres. Isso significa que o interesse público, sobretudo em situações dramáticas de crise, fala mais alto do que o interesse particular, e, portanto, devemos nos submeter às variadas determinações que, no fim das contas, têm muito menos um sentido paternalista, de proteger o indivíduo de si próprio, e mais de proteger a coletividade. Noutras palavras, isso quer dizer que quando somos tolhidos da possibilidade de sair às ruas do modo como fazíamos há alguns meses, isto não é, exclusivamente, para garantir que não nos contaminemos, mas, sim, para evitar que nos tornemos um vetor de contaminação de outras pessoas, em especial daquelas pessoas mais frágeis e situadas em grupos de risco. Ou seja, busca-se evitar que nos tornemos

uma "fonte de perigo", uma espécie de bomba relógio, e que vai levar o vírus e as suas consequências a uma infinidade de outros indivíduos.

3. O Título VIII do Código Penal trata dos crimes contra a incolumidade pública, que se pode definir como o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos. A saúde pública é o bem jurídico protegido num dos capítulos deste Título, evidentemente como uma projeção do próprio direito à vida ou da integridade das pessoas.

Fora do Código Penal, existem três normativas importantes, atualmente em vigor, a respeito desse chamado Direito Penal em tempos de pandemia. A primeira delas é a Lei 13.979/20, que textualmente assenta em seu artigo 1º, § 1º, que: “As medidas estabelecidas nesta lei objetivam a proteção da coletividade”. Essa lei institui três medidas que são importantes de referir. A primeira, é o isolamento, consistente na separação de pessoas doentes ou contaminadas. A segunda, a quarentena, que é a restrição ou separação de pessoas suspeitas de contaminação. Finalmente, há a possibilidade de realização compulsória de exames, testes, coletas de amostras e vacinação.

Ademais, compõe o quadro normativo a Portaria Interministerial nº 5, de 2020, cujo art. 3º indica que o descumprimento das medidas previstas na Lei 13.979/20 acarreta a responsabilização administrativa, civil e penal daqueles que, efetivamente, se recusarem ao atendimento. O terceiro diploma normativo que se mostra importante é a Portaria nº 356, de 2020, em que, a partir da declaração do estado de emergência, o Ministério da Saúde estabelece algumas determinações mais específicas sobre o isolamento e a quarentena.

Dado este pano de fundo, podemos voltar os olhos com mais atenção ao Código Penal.

4. Certamente, o crime de maior relevo para o momento em curso é o do 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 introdução ou propagação de doença contagiosa.

Essa conduta é apenada com detenção de um mês a um ano, de sorte que estamos diante de uma infração penal de menor potencial ofensivo. Portanto, aplicar-se-

ão as regras alusivas à Lei 9.099/95, inclusive, com a inibição da prisão em flagrante, com a possibilidade de transação penal e, certamente, se tudo isso não acontecer, com a virtual suspensão condicional do processo e, em caso de condenação, de substituição de pena privativa de liberdade. Logo, é de se notar que a consequência penal aqui é caracterizada por alguma brandura, de maneira que é muito difícil, quase impossível, imaginar que alguém venha a ser preso acaso condenado pelo art. 268 do Código Penal.

Isto, entretanto, não reduz a importância do dispositivo, por um positivo, neste caso, papel simbólico do Direito Penal, no sentido de contenção de comportamentos, bem como pelo escopo de prevenção, contra tais tipos de conduta. Ora, se há um sentido preventivo no Direito Penal, ele se apresenta particularmente quando a conduta é prevista abstratamente como crime; depois que o sujeito comete a infração, como é curial, parece um pouco mais discutível falarmos, em termos teóricos, de prevenção, ao menos daquela situação concreta.

Seja como for, o certo é que o art. 268 do Código Penal é uma inusitada norma penal em branco, sobretudo no caso atual, alusivo ao vírus Corona. Isto porque o seu complemento deriva de uma pluralidade de fontes, como sejam a Lei 13.979/20, bem como as disposições dos Estados e Municípios que estejam a regular o comportamento das pessoas durante a pandemia.

O crime é de mera conduta, vale dizer, pouco importa se efetivamente sucede 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, já revela a incidência do crime. De notar-se que as determinações do Poder Público cujo descumprimento faz surgir o crime do art. 268 do Código Penal não são, reitere-se, exclusivamente as determinações do poder público federal. Quer-se dizer que as determinações federais, estaduais e municipais, todas elas componentes desse conceito de Poder Público, se infringidas, geram a incidência do crime.

É importante lembrar a lição antiga, segundo a qual, nesta situação, a competência da autoridade de que emana a determinação pode ser examinada, quer dizer, 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, do Município ou da União foi feita transbordando, ou não, a competência que lhe é outorgada constitucionalmente; porém, não lhe é dado ingressar na conveniência da própria

medida. Vale por dizer, não cumpre, nesse caso, ao Poder Judiciário, avaliar a adequação da medida adotada por qualquer uma das esferas do Poder Público, esfera já aí insuscetível de ser sindicada.

Relevante é lembrar que, no plano da normativa federal, define-se o isolamento como 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 estão sendo estabelecidas para com os indivíduos respectivos. Tanto isso é verdade que quem ler a Portaria n° 356/20 verá 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, repitamos, 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. Por exemplo, o impedimento estadual de que se possa circular em determinadas vias ou horários, a restrição municipal quanto ao ingresso em parques, a vedação da abertura de comércio não essenciais, todas essas disposições, nos casos de doloso desatendimento, são hábeis à cominação penal a que temos feito referência, porque, uma vez mais, na espécie a norma penal em branco aceita a complementação oriunda, no âmbito de sua competência, de cada um dos entes de nossa Federação.

Em certos casos, 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 dessa norma penal em branco possui aquilo que designamos por ultratividade, o que equivale a dizer que mesmo depois de cessada a pandemia, e revogados os decretos e instrumentos normativos respectivos, quem tiver violado essas disposições administrativas complementares ao art. 268 do Código Penal responderá pelas condutas, sem o benefício, no caso incogitável, da *abolitio criminis*.

5. Outro crime relacionado à quadra atual, já aqui com incidência mais difícil de se vislumbrar, é a epidemia, 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 pena de dez a quinze anos de reclusão.

Para falar do crime de epidemia é preciso traçar três distinções do ponto de vista da gravidade concernente a essas situações. O primeiro nível é o de surto, do aumento repentino de determinada doença em local específico, como um bairro ou cidade. Então, em determinado período, acontece um surto de sarampo, um surto de malária, isso 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 ou país. O terceiro nível é a pandemia, consistente no contágio e infecção de várias pessoas, em variados locais, muitas vezes em diversos países. Poder-se-ia dizer que a pandemia é uma epidemia global.

A primeira questão a se responder, na análise do art. 267 do Código Penal, é: havendo uma pandemia, é possível a incriminação por epidemia? Nisso há alguma divergência na pouca doutrina que se pode recolher sobre o assunto, mas cremos que a resposta é positiva. Com efeito, se formos fazer um mapeamento do mundo em termos da difusão do COVID-19, veremos que vários locais têm uma incidência baixa, ou nenhuma, do vírus, e que poucas cidades concentram, brutalmente, a maior parte das contaminações. Ora, supondo que alguém contaminado, sabidamente contaminado, dirija-se a uma localidade onde ainda não há nenhum registro do vírus Corona, e propague a doença. É possível que esse sujeito responda pelo crime de epidemia previsto no art. 267 do Código Penal, não obstante tenhamos uma situação instaurada de pandemia, e, portanto, um problema já global.

No caso da epidemia, o objetivo do agente, do sujeito ativo, não é propriamente 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 é atingir a coletividade, e, se resulta morte, o sujeito responde pela modalidade qualificada do delito. Se o objetivo é causar a morte de uma pessoa só, de algum modo nela inocular o vírus, matando-a, o que se tem é o crime de homicídio do art. 121, § 2º

(homicídio qualificado), inciso III, que é aquele praticado por meio que gera perigo comum. Importa salientar que o crime de epidemia é punido, inclusive, na modalidade culposa, naqueles casos em que, por imprudência ou negligência, o sujeito gera a propagação de germes patogênicos.

É interessante problematizar a situação, fazendo-se um paralelo com o difícil tema, para a dogmática penal, da contaminação pelo vírus HIV. Vamos supor, para limpar o terreno, que o sujeito sabe que tem HIV e põe-se a manter relações sexuais. Basicamente, a primeira indagação que deve surgir, que alguns autores propõem, é sobre se a vítima sabia ou não sabia que seu parceiro está contaminado. Não é irrazoável o alvitre daqueles que dizem que, se a vítima sabia e consentiu, estamos 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 o sujeito consentiu, e vem a ser contaminado, suporta a carga da sua própria decisão. Mas, pode acontecer da vítima não saber que o sujeito é portador do vírus HIV. Nesse caso, em vindo a ser contaminada, há diversas respostas hauridas 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 ofensa à integridade física, senão que, também, à saúde das pessoas.

Sucedem, porém, uma distinção importante entre o caso do HIV e o do Corona, qual seja a de que, no caso do HIV, o advento da morte demora, se é que ocorre, na medida em que há um conjunto de tratamentos hoje em dia, que podem, realmente, fazer com que o sujeito viva toda a vida que haveria de viver. No caso do vírus Corona, não, visto que a relação entre a contaminação e a eventual morte podem, ao menos por agora, encontrar uma relação de quase imediatidade temporal, em virtude da carga letal do vírus e da inexistência de eficaz, ou comprovado, tratamento. Portanto, aquele sujeito que, voluntariamente, contamina alguém, não terá excluída sua responsabilização por homicídio, a depender da situação concreta.

A gravidade que a situação de epidemia encerra é tão significativa, que vale lembrar o caso do uso de armas químicas em guerras, e a repulsa que isso gera no âmbito do Direito Internacional. No Brasil, o antigo Decreto 4.766/42, no seu art. 51, dizia que: "causar epidemia em tempos de guerra, no interesse de Estado em guerra

contra o Brasil", era punido com pena de morte. E o Código Penal Militar, atualmente em vigor, preceitua o mesmo, em seu art. 385, estabelecendo a pena de morte quando, em uma situação de guerra - evidentemente, todos sabem que no nosso país a pena de morte é vedada, o que é, aliás, absolutamente correto e adequado, sendo excetuado o caso de guerra declarada -, se causa epidemia. Não somente pelas mortes que se arrisca produzir numa tal situação, mas, igualmente, porque uma situação de epidemia gera pânico nas pessoas, o nível da qualidade de vida de todos é rebaixado a patamares nunca antes pensados, e, portanto, há uma experiência, digamos assim, de degradação das condições de vida, em que os indivíduos são lançados em incertezas, diante de um quadro com o qual não sabem lidar, justamente por se tratar de uma situação absolutamente anormal.

6. Há outros crimes de que se poderia cogitar numa situação como a atual. 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 01 e 04 anos de reclusão, e é preciso observar que neste dispositivo a conduta é direcionada com relação 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. Vale por dizer, o sujeito sabe que está contaminado, ou, no mínimo, deve saber que está contaminado, e pratica um ato suscetível de gerar o contágio de outra pessoa. Não é assim tão simples definir o que seja moléstia grave, para o aperfeiçoamento deste tipo penal, mas esse objetivo, aqui, é secundário, porque é certo que a COVID-19 é uma moléstia grave, e, para nossas finalidades, é o que basta. De maneira que, aquele sujeito que pratica, com relação a outrem, pessoa individualizada e determinada, um ato suscetível de contaminação, pode responder por esse crime de perigo individual do art. 131 do Código Penal.

A lesão corporal, como já salientamos, que não diz respeito exclusivamente à integridade física, e, sim, também, com a saúde das pessoas, no caso de efetiva contaminação, em não havendo, por óbvio, a morte, é delito que não se pode excluir entre aqueles de verificação possível em sucedendo a transmissão dolosa do vírus.

Finalmente, o art. 330 do Código Penal, isto é, o crime de desobediência, surge como uma espécie de "soldado de reserva" para aqueles casos em que o art. 268, que é a

infringência de normas administrativas, não se fizer presente. Quer dizer, numa situação como a atual, é natural que o poder do Estado se avolume, porque é necessário que normas e regramentos nos governem, evitando a difusão da contaminação, e, o descumprimento de ordens emanadas das autoridades estatais pode, eventualmente, convocar a incidência do art. 330 do Código Penal, também infração penal de menor potencial ofensivo, mas que, nem por isso, deixa de ostentar conseqüências de índole penal.

7. Vê-se, assim, que o Direito Penal em tempos de vírus Corona não é, exclusivamente, aquele derivado do Código, pois há uma plêiade de normativas, mormente administrativas, que conformam o arcabouço legal tendente a lidar com essa situação complexa e difícil.

Não há nenhuma ilusão de que o problema da pandemia é algo a ser resolvido por intermédio do Direito Penal. Um quadro como esse mostra que, no conjunto de ontologias regionais, vale dizer, de ramos ou ordens do conhecimento, em que se apresentam o Direito, a Política, a Economia, a Saúde, quando a situação no plano da saúde é radical, e, atualmente, a situação é radical, todas as outras ontologias regionais, ou todos os outros âmbitos do conhecimento, de alguma maneira, submergem, e é natural, porque estamos diante de um aspecto que diz respeito à nossa própria sobrevivência. Então, não podemos imaginar que com o Direito Penal se resolva, de modo categórico, este tipo de situação. Mas, por outro lado, isso também tem a sua característica importante, porque revela que o Direito Penal haverá de ser aquele mecanismo mais duro, a direcionar-se para a proteção dos interesses das pessoas, e, enfim, da própria coletividade. Não precisa, nem deve, ser convocado a partir de qualquer lesão que se apresente à ordem jurídica, pois há outras formas de colmatá-las. Todavia, há situações mais graves, para as quais o Direito Penal será irrenunciável.

Concluindo, não podemos esquecer que o papel do Direito Penal precede ao seu próprio acionamento, visto que antes mesmo de alguém violar uma norma penal, já está cumprindo o seu papel de contenção de determinados comportamentos. Por isso que o Direito Penal também é constitutivo dessa grande teia complexa, que é a teia das relações intersubjetivas.

Num momento tão heterodoxo, tão inusitado, em que somos, sem culpabilidade, sem conduta, como que “condenados” a uma espécie de isolamento social, é que

devemos compreender como é importante relacionarmo-nos uns com os outros. O âmago dessas relações todas encerra temas da mais alta complexidade, e, justamente porque se trata de relações que se estabelecem entre pessoas, é que compõe essa complexidade, também, o Direito Penal.