

1 Introdução

Desde os primeiros casos noticiados em dezembro de 2019, em poucos meses o mundo teve que enfrentar a vertiginosa propagação de uma nova espécie de corona vírus (Sars-Cov-2), extremamente contagioso e particularmente maléfico ao sistema respiratório do ser humano. Devido a esses dois fatores – a facilidade de transmissão e agressão ao sistema respiratório – as relações interpessoais foram substancialmente reconfiguradas e o distanciamento físico passou a ser a regra no cotidiano das pessoas – ao menos daquelas que estão conscientes da gravidade da doença causada pelo novo coronavírus (a covid-19).

Diante disso, também o Direito precisa lidar com problemas variados para os quais os operadores jurídicos ainda não estão preparados. Dentre as diversas questões jurídicas que despontaram, destaca-se a responsabilidade penal individual relativamente a condutas (ações ou omissões) que lesionam ou colocam em risco a saúde individual ou coletiva pela disseminação do novo coronavírus.

O comportamento humano decorrente da interpretação feita sobre fenômenos como a disseminação de doenças infecciosas em um quadro de pandemia é muito variável. Notadamente, preocupam e interessam ao Direito, especialmente ao Direito Penal, as impressões que tendem a ignorar, negar ou relativizar a gravidade do contexto pandêmico para restabelecer uma pretensa normalidade, baseada em visões de mundo que congregam elementos místicos e narcisísticos.

Nesse contexto, bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento do ser humano em sociedade são lesionados ou arriscados por meio de condutas que o Direito Penal incrimina, ainda que apenas simbolicamente.

O Código Penal prevê, entre os delitos contra a saúde pública, aqueles que dizem respeito à disseminação de doenças: o artigo 267, que traz o crime de epidemia, que demanda a existência de um quadro epidêmico causado pelo sujeito ativo para sua consumação; enquanto que o artigo 268 tipifica a infração de medida sanitária preventiva, imposta pelo poder público com a finalidade de evitar a introdução ou propagação de doença infecciosa no contexto nacional, regional ou local.

O presente trabalho tem por objetivo analisar as implicações relacionadas à adoção da técnica de lei penal em branco para caracterização da conduta incriminada no artigo 268 do Código Penal.

Para tanto, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, inicia-se com breves esclarecimentos acerca de conceitos extrajurídicos apreendidos pela norma penal – pandemia,

epidemia e propagação de doença contagiosa. Na sequência, procura-se delimitar a saúde pública enquanto bem jurídico-penal, este compreendido como limite necessário ao poder punitivo. Por fim, são analisadas as questões atinentes à estrutura da norma penal incriminadora referida, que faz remissão a outros dispositivos normativos (lei penal em branco), e sua caracterização no âmbito das violações de medidas preventivas destinadas a impedir a propagação do novo coronavírus.

A presente reflexão fundamenta-se em uma concepção de mínima intervenção do Direito Penal, bem como de prevalência dos princípios da legalidade e limitação do poder punitivo através da inarredável categoria do bem jurídico-penal.

2 Pandemia, Epidemia e Propagação de doença contagiosa

Epidemia, pandemia e propagação de doenças contagiosas são questões atinentes à saúde pública que por muito tempo foram interpretadas pelo ser humano de acordo uma lógica retributiva, vinculada a um pensamento mágico segundo o qual a enfermidade e a morte eram tidas como manifestações de vontade de uma autoridade divina, independente da vontade humana (PRADO, 2019).

Tais ideias, justamente por se estarem ligadas a objetos que o ser humano deseja ou teme, são constituídas a partir de uma criação fantasiosa ou mística, por meio de um processo de observação receptivo (KELSEN, 1943). Isso significa que o ser humano, se interpreta a ocorrência qualquer fenômeno natural temido, inclusive as enfermidades, como sendo espécie de castigo ou retribuição à violação das normas sociais, imposta pela divindade insatisfeita com os membros do agrupamento humano¹, ele não utiliza um método de observação, mas o seu imaginário.²

O avanço da medicina moderna e a descoberta das causas de epidemias e doenças infecciosas fizeram com que essas ideias fossem progressivamente abandonadas, ainda que o componente sobrenatural e emocional não tenha sido totalmente descartado no pensamento

¹ Essa forma de interpretação dos fenômenos naturais não foi totalmente superada com o fim da sociedade primitiva e marco inicial das primeiras civilizações, com o início da Idade Antiga. Por volta de 2000 a. C, por exemplo, menciona-se o “mito do dilúvio” dos povos mesopotâmicos, que representou, para eles, “uma catástrofe que Deus impôs ao homem por causa do mau comportamento” (THONSON, 2002., p. 146).

² “[...] a infelicidade, isto é, os eventos desvantajosos como as más colheitas, o insucesso na caça, a derrota na guerra, a doença, a morte, são atribuídos, como castigos, à conduta contrária à norma dos membros do grupo; ao passo que os eventos vantajosos, tais como as boas colheitas, o sucesso na caça, a vitória na guerra, a saúde, uma longa vida, são atribuídos, como prêmio, à conduta conforme às normas dos membros do grupo” (KELSEN, 2000, p. 93).

humano contemporâneo para interpretação de fenômenos naturais e biológicos (ESQUIVEL, 2009).

No que diz respeito às reações individuais quanto à propagação e contenção do vírus, especificamente aquelas que implicam violação das medidas sanitárias preventivas impostas pelo poder público, tem-se como hipótese que não existe propriamente uma resistência ao poder em si, voltada à defesa das liberdades imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano no convívio social³.

Resistir a medidas preventivas, atualmente, não parte de um componente coletivo – a preservação da vida em sociedade – mas individual e narcisístico, que advém de uma estrutura psíquica voltada para si, de negação do outro, característica essencial do indivíduo que Byung-Chul Han chama de sujeito do desempenho⁴. Ademais, nota-se um reavivamento daquelas interpretações primitivas e místicas quanto aos fenômenos naturais e biológicos.

Os conceitos jurídicos de pandemia, epidemia ou propagação de doença infecciosa são obtidos através de uma verificação empírica de tais fenômenos. A partir disso, considerando a prejudicialidade para a vida humana em sociedade, o legislador seleciona as condutas que atentam mais gravemente contra a saúde pública, no sentido de causar ou não evitar o avanço de uma epidemia, pandemia ou a propagação de doenças infecciosas em geral, a fim de torná-las crimes.

O presente trabalho tem o escopo de analisar o artigo 268 do Código Penal brasileiro, que tipifica a conduta de descumprir dolosamente medidas preventivas impostas pelo poder público com o fim de evitar a propagação de doenças infecciosas. Para isso, é necessário distinguir os conceitos de doença infecciosa, epidemia e pandemia.

³ Agamben, por exemplo, levanta críticas e questionamentos severos – pelos quais foi duramente criticado – quanto ao tratamento dado pelo governo italiano à epidemia pelo coronavírus. Suas preocupações, todavia, longe de se assemelharem com uma postura negacionista da ciência, sustentada em diversas teorias de conspiração delirantes, direcionam-se no sentido da normalização do estado de exceção. Por exemplo, ele menciona: “O decreto-lei imediatamente aprovado pelo governo ‘por razões de higiene e segurança pública’ resulta de fato em uma verdadeira militarização ‘dos municípios e das áreas em que resulta positiva pelo menos uma pessoa para a qual não se conhece a fonte de transmissão ou, de toda forma, nos quais existe um caso não atribuível a uma pessoa proveniente de uma área já afetada pelo contágio do vírus’. Uma fórmula tão vaga e indeterminada permitirá que o estado de exceção seja rapidamente estendido a todas as regiões, pois é quase impossível que outros casos não ocorram em outros lugares” (AGAMBEN, 2020).

⁴ “O sujeito de hoje, voltado narcisisticamente ao desempenho, está à busca de sucesso. Sucesso e bons resultados trazem consigo uma confirmação de um pelo outro. Ali, o outro, que é privado de sua alteridade, degrada-se no espelho do um, que confirma a esse em seu ego. Essa lógica de reconhecimento enreda o sujeito narcisista do desempenho de forma ainda mais profunda em seu ego. Com isso, vai se criando uma *depressão do sucesso*. O sujeito do desempenho depressivo mergulha e se afoga em si mesmo” (HAN, 2017, p. 10-11).

A propagação (proliferação, disseminação) de doença infecciosa pode figurar dentro de um contexto de pandemia ou epidemia, mas com tais fenômenos não se confundem. A doença ou moléstia infecciosa constitui

[...] o conjunto de alterações funcionais e anatômicas, de caráter evolutivo, que se manifestam no indivíduo em consequência da ação ofensiva de um microrganismo, que pode ser uma bactéria, ou um vírus, ou uma *Rickettsia*, ou um cogumelo, ou ainda um protozoário, contra o qual o organismo reage (MAFFEI, 1978, p. 834).

Por estar vinculada à ação ofensiva de um microrganismo, a disseminação de enfermidade infecciosa necessariamente ocorre por meio da manipulação do agente infeccioso (vírus, bactéria, etc.) no sentido de contaminar número relevante de seres humanos (hospedeiros), com os quais estabelece uma relação biológica parasitária e acarreta infecção (MAFFEI, 1978, p. 835).

O ser humano pode ser contaminado por doença infecciosa por meio direto ou indireto. A doença infecciosa de contágio direto é aquela que pode ser transmitida de um indivíduo infectado a outro não infectado, porque o agente mórbido não tem sobrevivência autônoma no ambiente exógeno, por ser um parasita obrigatório (MAFFEI, 1978, p. 848). Também é classificada como contágio direto a transmissão que se dá dos animais para o ser humano (MAFFEI, 1978, p. 847). De outro lado, a doença infecciosa de contágio indireto transmite-se ao indivíduo por meio de outros veículos – ar, água, objetos (ex. tétano, febre tifoide, etc) (MAFFEI, 1978, p. 847).

A infecção de seres humanos por meio da propagação desses microrganismos não necessariamente acarreta endemia, epidemia ou pandemia de uma determinada doença, mas tem potencialidade para tanto. Por isso, o Estado utiliza mecanismos para evitar a proliferação, que vão desde regras específicas de higienização e manipulação desses microrganismos por profissionais da saúde, até a criminalização de condutas que coloquem em risco a saúde pública.

A epidemia ocorre quando a doença infecciosa atinge

numerosas pessoas e até parte da população de uma determinada região, concomitante ou sucessivamente; nesses casos, a moléstia se transmite pelo contágio de indivíduo a outro ou pelos fômites. Por exemplo, uma epidemia de febre tifoide pode ser devido a água contaminada usada por uma população. As epidemias são sempre influenciadas por fatores climáticos e condições locais que favorecem a multiplicação dos agentes e modificam a resistência e a predisposição das populações. [...]. No estudo das epidemias verifica-se sempre um período de incremento até atingir o acme, ao qual se segue o decréscimo; isto permite estabelecer um gráfico, que é a curva epidêmica (MAFFEI, 1978, p. 848).

A *pandemia* distingue-se da epidemia porque a propagação da doença não se limita a uma parte da população ou a uma região, mas alcança diversos países concomitante ou sucessivamente (MAFFEI, 1978, p. 848). Por fim, convém também diferenciar a *endemia* dos dois fenômenos anteriores, que consiste na manifestação periódica, em casos isolados, de alguma doença em determinada região, mas, em certas ocasiões pode acarretar epidemia (MAFFEI, 1978, p. 848).

A conduta incriminada pelo artigo 268 do Código Penal consiste na violação de medida sanitária preventiva imposta pelo poder público com o fim de impedir a introdução de doença contagiosa em um determinado local ou a disseminação de enfermidade já existente; neste último caso, a medida protetiva tem a finalidade de evitar um quadro de surto ou epidemia nacional ou regional.

Dessa forma, para a caracterização do tipo penal não é necessário que exista um quadro prévio de surto epidêmico no país ou em uma determinada região. A infração de medida que tem a finalidade também de impedir a mera introdução da doença capaz de produzir contágio direto ou indireto.

Por meio da referida tipificação, o legislador tem a intenção de tutelar a saúde pública. Assim, antes de examinar os elementos de tipicidade objetiva e subjetiva da conduta incriminada, estreitamente relacionados à utilização da técnica de lei penal em branco e o princípio da legalidade penal, é necessário tecer algumas considerações acerca da saúde pública enquanto bem jurídico-penal.

3 A Saúde Pública enquanto bem jurídico-penal

Tradicionalmente, atribui-se ao Direito Penal a precípua missão de tutelar bens jurídicos relevantes para o ser humano e seu pleno desenvolvimento em sociedade⁵. A proteção dos valores fundamentais para o ser humano e para a existência da própria sociedade constitui fundamento e limite do Direito Penal (PALAZZO, 1989).

Em um Estado democrático e social de Direito, não há outra concepção de Direito Penal possível senão aquela associada à noção de bem jurídico, que limita a intervenção penal às situações em que se mostra “imprescindível para assegurar as condições de vida, o

⁵“De inspiração fenomenológica, essa peculiar orientação estabelece que os bens jurídicos realizam certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social. Com razão, afirma seu caráter dinâmico, não estático, como se ‘peças de museu’ fossem” (PRADO, 2019b, p. 33)

desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana” (PRADO, 2019b, p. 84).

De acordo com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o Direito Penal, como o ramo jurídico que intervém mais severamente na liberdade do indivíduo, não deve se prestar à tutela de meras funções ou da própria norma jurídica (tutela da norma pela norma), mas sim dos valores mais elevados, importantes, para a coexistência humana⁶.

A vinculação do Direito Penal à exclusiva proteção de bens jurídicos, que diz respeito ao próprio conceito material de delito, desempenha um papel importante para restrição de punibilidade, isto é, para limitação do poder punitivo. Convém assentar que o conceito ou concepção de bem jurídico não é estática, mas mutável e aberta ao campo social e aos progressos do conhecimento científico (ROXIN, 1997).

Embora seja amplamente aceita a concepção de que o Direito Penal visa tutelar bens jurídicos, não se chega a um consenso acerca do conceito de bem jurídico e “frequentemente resulta bastante vaga sua operatividade para a elaboração de um conceito material de delito” (ROXIN, 1997, p. 70). Por isso, o conceito de bem jurídico deve ser construído e utilizado como limitador do poder punitivo (político-criminalmente vinculante) e, para isso, deve ser extraído dos valores plasmados no Texto Constitucional (PRADO, 2019b).

O bem jurídico é um conceito do qual não se pode prescindir. Mas o conceito limitativo diferencia-se sobremaneira do conceito legitimador de bem jurídico⁷. O conceito limitativo remete à exigência de lesividade ou ofensividade, ao passo que a legitimação do poder punitivo através do conceito de bem jurídico leva à ideia de tutela, proteção⁸.

Destarte, a saúde pública, enquanto bem-jurídico penal, deve exercer esse papel limitativo do poder punitivo, de modo que as condutas incriminadas pelo legislador devem

⁶ “Um Direito Penal que *ab initio* não se propusera finalmente, de essência, garantir a proteção os valores mais transcendentales para a coexistência humana, seria um Direito Penal carente de base substancial e não inspirado nos princípios de justiça sobre o que deve assentar-se todo o ordenamento jurídico e, enquanto tal, inútil para regular a vida humana em sociedade” (POLAINO NAVARRETE, 1974, p. 22).

⁷ “[...] se trata de dos ideas diferentes, nacidas en tiempos históricos muy distantes y con objetivos políticos diametralmente opuestos. El bien jurídico es siempre un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir. Cuando se pretende su supresión, en realidade se oculta otro bien jurídico y otro titular. La idea de tutela es indispensable para legitimar la confiscación de la víctima y, como tal, es propia del momento de asentamiento del poder punitivo (siglos XII y XIII). La limitación de la tutela mediante la ofensividad, lesividad o conflictividad, es propia de la Ilustración y, por ello, del siglo XVIII. Puede reconocerse el concepto de bien jurídico tutelado en el Malleus, en tanto que el concepto limitativo tiene su claro origen en Feuerbach, aunque no había acuñado aún el nombre (lo identificaba con derechos subjetivos), que aparece con Birnbaum y penetra en la dogmática del siglo XX como elemento teleológico en la teoría de von Liszt” (ZAFFARONI, 2002, p. 487).

⁸ “El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos” (ZAFFARONI, 2002, p. 486)

lesionar ou expor a perigo de lesão o referido bem jurídico. Para tanto, é necessário primeiramente demarcar conceitualmente saúde pública e sua caracterização como bem jurídico de relevância penal.

O conceito de saúde não é de fácil delimitação e possui conteúdo semântico variável (PRADO, 2019) devido à complexidade do próprio organismo humano e suas interações com o meio em que vive.

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946) conceitua saúde, em seu preâmbulo, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Além disso, o mesmo dispositivo confere à saúde o *status* de direito fundamental: “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”⁹.

O conceito de saúde estabelecido pela OMS sofre diversas críticas, sobretudo em razão de sua não-operacionalidade, “pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes” (SCHWARTZ, 2001, p. 29-30). Ademais, a ideia de bem-estar é imprecisa, excessivamente subjetiva e variável de indivíduo para indivíduo¹⁰.

Por isso, propugna-se que a saúde é um sistema inserido em um sistema maior (é um dos sistemas sociais e interage com os demais) e, como tal, não pode ser conceituada como algo estático como, por exemplo, o estado de bem-estar. O sistema-saúde ou a saúde enquanto sistema regula-se por uma dinâmica própria, consistente essencialmente em uma decisão ou decisões que dizem respeito às ações relativas à saúde. Portanto, é um sistema que se encontra aberto ao mundo, ao ser humano e às suas decisões a respeito dele e, em razão disso, o risco é uma constante e não existe propriamente uma certeza ou segurança quanto às decisões referentes a ela (SCHWARTZ, 2001, p. 31).

A saúde é um processo em construção constante,

um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar (SCHWARTZ, 2001, p. 32).

⁹ OMS (Organização Mundial da Saúde). Constituição da Organização Mundial da Saúde. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 20.07.2020.

¹⁰ “É um conceito irreal, que não se adapta à realidade fática, afinal o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado, que se alarga ou diminui de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia, ou, em outras palavras, da autopoiese, da autocriação dos sistemas sociais” (SCHWARTZ, 2001, p. 30).

O adjetivo *pública* é acrescido à saúde para designar a princípio “saúde do grupo social como um todo, à saúde coletiva ou comunitária” (PRADO, 2019, p. 57). Dessa maneira, como conclui Silveira (2004), as condutas atentatórias à saúde pública atingem um bem jurídico de caráter supra-individual (saúde da população em geral).

A Constituição Federal de 1988 prevê pela primeira vez o direito à saúde no rol dos direitos sociais (artigo 6º), como consequência da consagração de uma nova feição de Estado – o Estado voltado à efetivação do bem-estar social ou Estado Democrático e Social de Direito, que visa não apenas positivizar garantias, mas promove-las, efetivá-las (ESQUIVEL, 2009).

Afirma-se, acertadamente, que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida, positivado como direito fundamental no artigo 5º do Texto Constitucional. Ademais, trata-se de um direito essencial para o desenvolvimento da personalidade humana. Por isso, o direito à saúde é um direito fundamental, ainda que não esteja explicitamente previsto no rol de direitos e garantias estabelecido pelo artigo 5º da Carta Magna (ESQUIVEL, 2009).

O direito fundamental à saúde não abrange apenas a saúde individual, que é lesionada ou colocadas em risco por meio de condutas delitivas dirigidas ao titular individualizado do bem jurídico – por exemplo, lesões corporais e periclitamento da vida e da saúde. Contempla também o direito à saúde pública e seus instrumentos de concretização (medidas de sanidade pública).

Inequívoco, pois, que a saúde pública enquanto bem-jurídico de relevância penal, de caráter supra-individual, tem assento constitucional expresso.

4 Infração de medida sanitária preventiva destinada a evitar a propagação do sars-cov-2.

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a existência de uma pandemia pela covid-19, doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), sobretudo devido à velocidade de disseminação da doença para além das fronteiras da China, país no qual o vírus teria se manifestado pela primeira vez.

A partir de tal declaração e com crescimento constante de infecções, diversas medidas sanitárias preventivas passaram a ser adotadas pelo poder público – nas esferas federal, estadual e municipal – com a finalidade de conter a propagação do vírus e da doença, que em poucos meses atingiu a maior parte dos estados brasileiros.

Uma vez estabelecida a necessidade de uma política emergencial de combate ao novo coronavírus, foram feitos e utilizados estudos científicos relevantes a respeito das características do mencionado vírus, bem como suas principais formas de contaminação.

No Brasil, não é possível afirmar que houve uma conjunção orquestrada de esforços das três esferas administrativas para se determinar com clareza quais seriam as medidas preventivas mais urgentes a serem tomadas, de modo que a população tomasse consciência acerca da gravidade do quadro pandêmico mundial e suas implicações locais.

Nesse sentido, o que se verificou (e ainda se verifica) é um emaranhado de atos legislativos provenientes do poder executivo federal, estaduais e municipais, muitas vezes contrastantes entre si, que causa grande insegurança jurídica acerca do papel reservado aos indivíduos, membros de uma determinada comunidade, no sentido de frear a contaminação pelo novo coronavírus e propagação da covid-19. Dito de outro modo: em um intrincado conjunto de decretos federais, estaduais e municipais, perde-se a consciência individual concreta acerca das proibições ou condutas exigidas pelo poder público como medidas sanitárias efetivas de prevenção.

Nesse confuso cenário de mandamentos e proibições, vigora o artigo 268 do Código Penal, que incrimina a conduta de quem infringe “determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, à qual se comina a pena de detenção de um mês a um ano e multa.

A dogmática penal, compreendida como “o conjunto de conhecimentos (normas e princípios), ordenados metodicamente”, visa elaborar e desenvolver um sistema para “interpretar e aplicar o Direito Penal de modo lógico (formal e material) e racional” (PRADO, 2019a, p. 12). Por isso, o objeto da ciência jurídico-penal é a própria lei penal em sentido amplo, ou seja, o “complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta o seu propósito de coibir a delinquência, indicando os fatos que a constituem, as condições da responsabilidade e culpabilidade penal, as sanções repressivas ou preventivas” (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977, p. 104).

A investigação acerca da estrutura da lei penal (teoria da lei penal) e a teoria do delito constituem segmentos da dogmática jurídico-penal¹¹. A partir dessa perspectiva, passa-se a analisar os problemas que se apresentam com relação à estrutura normativa do artigo 268 do Código Penal e sua caracterização no âmbito da tipicidade penal.

¹¹ Convém ressaltar que a dogmática penal se distingue, mas não se separa da política criminal e da criminologia (PRADO, L.R., op. cit., p. 14). Nesse sentido, afirma-se que a dogmática penal é “o sistema de conceitos construído para descrever o *ser* do Direito Penal, esse setor do ordenamento jurídico que institui a *política criminal* — *rectius*, política penal — do Estado, como programa oficial de retribuição e de prevenção do crime. Nesse sentido, parece não haver contradição entre dogmática penal e política criminal, que se comportam como as faces de uma só e mesma moeda, integradas numa relação de recíproca complementação” (SANTOS, 2008, p. 73).

4.1 Lei penal em branco e princípio da legalidade

A conduta incriminada pelo artigo 268 do Código Penal consiste em *infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*. A caracterização de tipicidade da conduta está vinculada à existência de algum ato normativo estabelecido pelo poder público para evitar a introdução ou propagação de doença contagiosa.

Para a elaboração do referido tipo penal, o legislador utilizou a técnica da *lei penal em branco*, por meio da qual se faz uma remissão a outra disposição normativa, que pode ser do mesmo *status* legislativo que a norma penal incriminadora (lei penal em branco imprópria) ou inferior (lei penal em branco própria ou em sentido estrito). (CUELLO CONTRERAS, 1996, p. 36).

Afirma-se que, com a lei penal em branco, a determinação completa da conduta proibida é feita por meio de outra lei ou dispositivo normativo (ZAFFARONI, 2002), de modo que sua compatibilidade com o princípio da estrita legalidade penal é questionada e divide a doutrina.

O princípio da legalidade e seus corolários são originários da filosofia da Ilustração, conquanto se admita que seus antecedentes se encontram em distintos momentos históricos, como no Direito Penal romano, canônico e até mesmo na Magna Charta outorgada na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra (CEREZO MIR, 2006).

Dentre as consequências advindas do princípio da legalidade, destaca-se o corolário da reserva legal (garantia criminal e penal), segundo o qual não existe crime e não se pode aplicar uma pena sem que a conduta incriminada e a respectiva sanção tenham sido previamente declaradas por meio de lei.

O princípio da reserva legal cumpre duas funções: de limitação do poder punitivo do Estado e de garantia da liberdade do homem, contra a arbitrariedade do Estado e do Juiz (LUIZI, 2003). Tal garantia impede que regulamentos e outras disposições normativas, que não caracterizam lei em sentido formal, sejam fonte do Direito Penal (CUELLO CALÓN, 1953).

No que tange à relação entre lei penal em branco e princípio da legalidade, afirma-se que a única espécie de lei penal em branco compatível com referido princípio é a *imprópria*, cujo complemento ou remissão encontra-se em outra norma emanada da mesma fonte – a

mesma lei (remissão interna) ou lei diversa, mas de igual hierarquia que a lei penal (remissão externa)¹².

Diversamente, afirma Luiz Regis Prado (2016) que também a lei penal em branco *própria* ou em *sentido estrito* pode ser utilizada sem atentar contra o princípio da legalidade, desde que o preceito incriminador fixe com transparência e precisão quais são os limites de sua integração com o outro dispositivo normativo (decretos, resoluções, portarias, etc).

A lei penal deve estabelecer claramente o conteúdo e âmbito da conduta desvalorada, enquanto o complemento se limita a formular tecnicamente tal desvalor, atualizando os fatos que o integram (CUELLO CONTRERAS, 1996). A especificidade e alto grau de mutabilidade de determinadas matérias justificam, segundo essa compreensão, a aplicação da técnica de lei penal em branco própria, pois demandam “atividade normativa constante e variável” (PRADO, 2019a, p. 97), dificultada pelo comumente moroso processo legislativo de alteração da lei em sentido formal.

No que se refere ao delito de infração de medida sanitária preventiva, justifica-se a utilização da lei penal em branco – no caso, a modalidade *própria*¹³ – devido ao caráter contingencial do objeto de regulação. A propagação de doenças infecciosas, bem como a ocorrência de surtos, epidemias e pandemias, são situações extremamente voláteis, de modo que a previsão taxativa de medidas preventivas passíveis de violação no contexto do tipo penal, engessaria sobremaneira a aplicação do Direito, vulnerando ainda mais o bem jurídico *saúde pública*.

Durante a pandemia de covid-19, como afirmado anteriormente, verifica-se a sobreposição de diversos dispositivos normativos, especialmente decretos federais, estaduais e municipais, que determinam medidas preventivas voltadas a impedir ou reduzir a propagação da doença causada pelo novo coronavírus. Tais medidas contemplam restrições de diferentes níveis – desde o uso obrigatório de máscaras em espaços públicos até a proibição de funcionamento dos estabelecimentos comerciais.

¹² “Tales leyes serán constitucionales en la medida en que el complejo resultante de ambas normas no viole alguno de los otros principios limitativos a que se hace referencia (estricta legalidad, proscripción de la analogía, no retroactividad, etc.)” (ZAFFARONI, 2002, p. 116).

¹³ Nesse sentido: PRADO, 2019; NUCCI, 2016; ESTEFAM, 2015. Diversamente, afirma-se que o dispositivo pode caracterizar lei penal em branco imprópria (homogênea) ou própria (heterogênea), uma vez que o complemento pode se encontrar em lei ou em outro ato normativo (LOPES, 2015, p. 849) Com efeito, na elaboração do tipo penal, o legislador não especifica qual é a autoridade competente ou o dispositivo normativo que contempla a medida sanitária preventiva, de modo que não há qualquer óbice à existência de uma lei em sentido formal dispondo acerca dessa matéria, determinando as medidas destinadas a impedir a entrada ou propagação de doenças infectocontagiosas.

Nesse aspecto, convém esclarecer que, para a correta caracterização típica é imprescindível que a autoridade da qual emana o ato normativo violado (a medida sanitária preventiva) seja competente para fazê-lo e, ademais, seja o referido ato de caráter obrigatório, afastando-se a tipicidade da conduta quando se tratar de simples orientações ou conselhos (PRADO, 2019; CUNHA, 2009; LOPES, 2017).

Quanto à competência para determinar medidas restritivas emergenciais durante a pandemia de covid-19, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que as medidas adotadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito federal, para combate à propagação do novo coronavírus, não afasta a competência de estados e municípios para determinarem as próprias restrições, independentemente de terem sido ou não estabelecidas ou autorizadas por decreto federal¹⁴.

Outro ponto relevante a ser destacado diz respeito à revogação das medidas preventivas e seu efeito quanto à aplicação do artigo 268 do Código Penal. A matéria diz respeito à sucessão de leis penais, retroatividade ou irretroatividade do complemento da lei penal em branco.

Corolário do princípio da legalidade, a regra da irretroatividade de lei penal posterior mais severa e retroatividade benéfica consta expressamente do Texto Constitucional (art. 5º, XL, CF/88) e do Código Penal brasileiro (art. 2º, parágrafo único, CP).

Destaca-se, nesse contexto, a lei penal benéfica que deixa de considerar como crime determinada conduta (*abolitio criminis*). No que tange à modificação de lei penal em branco, há duas hipóteses distintas de superveniência de lei penal que implica *abolitio criminis*: a) quando a própria norma penal incriminadora é revogada; ou b) quando o complemento da lei penal em branco é revogado, excluindo do âmbito de incriminação da norma penal algumas situações antes consideradas ilícitas.

A primeira hipótese não apresenta qualquer dificuldade. Aplica-se a regra geral de retroatividade, porque, uma vez extinta a própria norma penal incriminadora, não há que se manter qualquer persecução penal ou mesmo execução de pena em andamento, após trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Noutro vértice encontra-se a intrincada questão acerca da retroatividade ou irretroatividade da supressão do ato normativo que serve como complemento da lei penal em branco, ou seja, o dispositivo que integra a norma penal incriminadora.

¹⁴ Cf. STF - ADI n. 6341.

Levada tal matéria à caracterização do artigo 268 do Código Penal por infração às medidas destinadas a conter a propagação do novo coronavírus, coloca-se o seguinte problema: se o agente responde criminalmente pela consumação do referido delito por ter violado medida que proibia, por exemplo, a abertura de estabelecimentos comerciais ou compelia a utilização de máscaras de proteção, a revogação do decreto municipal, estadual ou federal que estabelecia tais medidas deve retroagir para beneficiar o agente?

Os decretos editados para combate à covid-19, embora não tenham um prazo determinado para término de sua vigência, revestem-se de caráter excepcional. Isto é, as restrições impostas somente se justificam enquanto perdurar a excepcionalidade da pandemia.

Entende-se que quando a lei penal em branco tem por finalidade assegurar o efeito regulador de um elemento integrador temporal ou excepcional contido em outro dispositivo, aplica-se de forma também excepcional o critério da ultratividade da configuração normativa mais severa (PRADO, 2019a; JAKOBS, 1995); no caso, a norma incriminadora continua produzindo efeitos integralmente, mesmo com o elemento de complementação de caráter excepcional já revogado, aplicando-se o disposto no artigo 3º do Código Penal (exceção à regra da retroatividade mais benéfica para leis excepcionais e temporárias)¹⁵.

De modo diverso, sustenta Juarez Cirino dos Santos que tal controvérsia deve ser decidida pela retroatividade mais benéfica porque

o complemento da lei penal em branco é elemento do tipo objetivo e, portanto, integra a lei penal, segundo a seguinte lógica: se o tipo legal não existe sem o complemento legal ou administrativo — e o Poder Legislativo, independente da inconstitucionalidade da delegação de poderes, autoriza a edição do complemento da lei penal, por outra lei ou por ato administrativo —, então o complemento é elemento do tipo de injusto e, na hipótese de complemento posterior mais favorável retroativo (2008, p. 54).

Por outro lado, afirma-se que a revogação do complemento da lei penal em branco não implica revogação da própria norma incriminadora e, portanto, não há efetivamente sucessão de leis penais (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977, p.138). Citando o exemplo elaborado por Vincenzo Manzini, destaca Hungria (1974, p.138):

Assim, se alguém vendeu mercadoria a preços superiores aos fixados na tabela oficial, é punível pelo relativo crime, ainda quando, na ocasião do julgamento, tais preços, por efeito de sua periódica revisão, tenham sido levados ao nível naqueles pelos quais se fez a venda abusiva.

¹⁵ Para Guilherme Nucci, aplica-se a retroatividade benéfica quando o poder público revoga a medida preventiva violada pelo agente por considerá-la inócua para evitar a propagação da doença infecciosa. Contudo, se a revogação ocorre porque a doença já se encontra controlada, deve-se aplicar a ultratividade do complemento, mantendo-se a punição do agente (NUCCI, 2016).

O delito previsto no artigo 268 do Código Penal igualmente não deixará de existir quando os decretos atualmente vigentes para a contenção da pandemia forem revogados. Resta evidenciada a excepcionalidade das medidas sanitárias preventivas impostas pelo poder público para controle da pandemia. Contudo, seria necessário analisar a permanência ou não do desvalor ético-social da conduta praticada, mesmo diante da extinção do dispositivo complementar.

Para que tal análise não resulte em arbítrio judicial, defende-se que a revogação de decretos municipais, estaduais ou federais, apesar de sua natureza excepcional, deve retroagir para atingir os fatos praticados ainda durante sua vigência. Ademais, propugna-se tal solução com fundamento no princípio da mínima intervenção penal, bem como na desnecessidade de pena quando o próprio poder público reconhece que a medida preventiva, anteriormente violada pelo agente, não tem mais relevância no contexto de contenção da doença infectocontagiosa.

5 Considerações finais

O quadro pandêmico de covid-19, causado pela disseminação massiva do novo coronavírus, apresentou ao Direito de um modo geral uma série de situações-problema sobre as quais os operadores jurídicos tiveram que se debruçar para tentar encontrar soluções rápidas.

No campo do Direito Penal, ressaí a necessidade de se investigar a responsabilidade penal por condutas que lesionam ou colocam em perigo a saúde pública e/ou individual. No que tange à saúde pública, a resistência por parte da população para cumprir as medidas preventivas determinadas pelo poder público para evitar a propagação do novo coronavírus, pode caracterizar o tipo penal previsto no artigo 268 do Código Penal.

Trata-se o referido dispositivo de lei penal em branco *própria*, cujo complemento é extraído de atos normativos diversos da lei em sentido formal, tais como decretos, regulamentos e portarias. Com relação à prevenção ao coronavírus, verifica-se um emaranhado de decretos provenientes do poder executivo federal, estaduais e municipais, de modo que as restrições impostas podem variar de município para município, estado para estado. Isso dificulta sobremaneira a caracterização típica do delito de infração de medida sanitária preventiva.

O Supremo Tribunal Federal afirmou a competência concorrente entre União, Estados e Municípios para a determinação de medidas sanitárias, considerando a especificidade da matéria tratada e os problemas verificados regional e localmente. Dessa forma, para configurar o delito previsto no artigo 268, a medida violada pode ser oriunda de qualquer uma das três esferas. Relevante é que exista tal medida e que ela tenha característica cogente, de cumprimento obrigatório.

A pandemia por covid-19 é uma situação transitória e excepcional e isso se reflete nas medidas restritivas sanitárias. O caráter excepcional desses atos normativos congrega um problema relacionado à irretroatividade e retroatividade de leis penais. A revogação do complemento da lei penal em branco (a medida sanitária preventiva) faz com que, a partir de então, a infração de tal medida deixe de caracterizar o delito previsto no artigo 268 do Código Penal.

Dentre os diversos posicionamentos doutrinários apresentados acerca da alteração do complemento da lei penal em branco, defende-se que, para a revogação da medida sanitária preventiva no contexto da covid-19, deve ser aplicada a retroatividade da lei penal benéfica, em virtude do princípio da intervenção mínima no Direito Penal e desnecessidade de imposição de pena.

Na realidade, o artigo 268 do Código Penal é delito de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995) e pouco tem sido utilizado na prática para dar resposta penal a condutas transgressoras das determinações sanitárias de prevenção. Sua utilização discursiva tem sobressaído como normalmente se destaca o caráter simbólico do Direito Penal, no plano da intimidação ou da criação de expectativas sociais sobre eventuais providências de caráter punitivo que podem ser tomadas pelo Estado.

A utilização do Direito Penal relativamente a essa matéria se revela problemática porque a função do bem jurídico *saúde pública* é de limitação do poder punitivo e não de legitimação. Por isso, a saúde pública não deve ser manipulada como mote de discursos punitivistas voltados a ampliar a intervenção do Direito Penal.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. A invenção de uma epidemia. *In: Reflexões sobre a peste*. Trad. Isabella Marcatti. São Paulo: Boitempo, 2020. “L’invenzione di un’epidemia”, originalmente publicado em *Il Manifesto*, 26 fev. 2020. A tradução para o português - Luisa Rabolini.
- CEREZO MIR, José. **Obras completas. Derecho Penal**: Parte General. Peru: Ubijus, 2006, t. I.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Parte general. 11. ed. Barcelona: Bosch, 1953.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquin. **El Derecho Penal español**: curso de iniciacion. Parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**. Parte especial. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.
- ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow. **Crimes contra a saúde pública**: fraude alimentar. Curitiba: Juruá, 2009.

- ESTEFAM, Andre. **Direito Penal**. Parte especial. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.
- _____. **Agonia do eros**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017).
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, t., 1.
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martin Fontes, 2000.
- _____. **Society and Nature: a sociological inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press, 1943.
- LOPES, Marcus Mota Moreira. Dos crimes contra a saúde pública. *In*: QUEIROZ, Paulo (coord.). **Curso de Direito Penal**. Parte especial. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.
- MAFFEI, Walter Edgard. **Os fundamentos da medicina**. 2. ed. São Paulo: Artes Médicas, 1978, v. 2.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el Derecho Penal**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- OMS (Organização Mundial da Saúde). Constituição da Organização Mundial da Saúde. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 20.07.2020.
- PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a, v. 1.
- _____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.
- _____. **Direito Penal do ambiente**. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte geral. 3. ed. Curitiba, PR: Lumen Juris, 2008.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 27-38, mar. 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Novas considerações quanto à proteção penal da saúde pública. **Revista da ABPCP**, São Paulo, v. 0, a. 1, p. 190-196, 2004.

THONSON, Oliver. **A assustadora história da maldade**. Trad. Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima, 2002.