



EFEITOS DO COVID-19 NA SOCIEDADE, NO DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Marina Teles COIMBRA¹

RESUMO: Busca através desse artigo tratar sobre a pandemia do novo coronavírus (Covid-19) em relação as regras sociais e jurídicas impostas pelo governo a fim de evitar a propagação do vírus na sociedade, além de pautar às leis, normas jurídicas e portarias que foram adotadas em meio à crise socioeconômica. Do mesmo modo, será examinada a aplicação da Lei Brasileira para a prevenção da proliferação do vírus, no que tange as sanções de delitos que serão impostas àquele cidadão que desobedecer a uma norma mandatária do Estado.

Palavras-chave: Processo Penal Brasileiro. Alterações. Covid-19. Coronavírus. Lei Penal.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia do Covid-19 não só é um impacto de ordem biomédico e epidemiológico, como também, socioeconômico, político, cultural, histórico e jurídico.

O vírus que teve o início na China, mostrou ser algo de grande repercussão por conta de sua facilidade de contaminação, e, por isso, o isolamento social passou a ser a estratégia mais eficiente a ser tomada para evitar que inúmeras pessoas fossem infectadas ao mesmo tempo, resultando na super lotação dos hospitais.

O Brasil teve seu primeiro caso de coronavírus dia 22 de março de 2020, nisso o Supremo Tribunal Federal liberou cerca de 1,6 bilhões de reais para seu combate, ficando claro o impacto que o vírus gerou não só no Brasil, como no mundo.

Especialistas concordam que a maneira mais eficiente de lidar com esse problema é através da ampla coordenação de governos e bancos, de forma que a assistência à população não seja limitada exclusivamente de impedir a

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: marinacoimbra1@hotmail.com. Mestranda em Ciências Jurídico Criminais pela Universidade de Coimbra.

propagação do vírus. Podemos dizer que o Estado, a fim de evitar disseminação do vírus, deve implementar novas leis, regras e normas e o do outro lado, o cidadão, deve obedecer. Caso o cidadão não cumpra com sua obrigação, o Estado aplicará uma sanção como forma de punição.

O presente trabalho procura englobar as alterações na legislação brasileira imposta pelo Estado com o propósito de evitar a proliferação do vírus de forma abundante, causando a super lotação nos hospitais e por conseqüência disso fazendo com que vários cidadãos fiquem sem o atendimento hospitalar adequado para seu devido tratamento.

O Covid-19 é um problema de saúde pública e mesmo assim as notícias divulgadas através de suas agências e mídias sociais revelam comportamentos de cidadãos que não atendem as recomendações desses especialistas e das autoridades sobre as regras de isolamento social. Por isso, a adoção de medidas criminais foram tidas como essenciais para o enfrentamento a esse vírus.

No dia 03 de fevereiro de 2020 o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 23/2020, com o escopo de aprovar “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”.

No dia 06 de fevereiro de 2020 foi aprovada a Lei nº 13.979, que estabeleceu medidas para o enfrentamento do vírus e a possibilidade de que as autoridades poderão adotar como plano de isolamento, quarentena e realização de procedimentos médicos e laboratoriais, que será melhor explicado ao decorrer do presente artigo.

Em 20 de março de 2020, a Medida Provisória 956 introduziu a restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, que se referem à entrada e saída do País e locomoção interestadual e intermunicipal. Já através da Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, o Ministério da Saúde introduziu a aplicação da medida de isolamento.

Por fim, em 17 de março de 2020, a Portaria Interministerial nº 5 determina que o descumprimento das medidas estabelecidas na Lei 13.979/20 poderão responder pelas infrações previstas nos artigos 268 e 330 do Código Penal.

Essa mesma Lei autoriza que medidas de combate à Covid-19 sejam tomadas por autoridades federais, estaduais e municipais.

Conforme o exposto acima foi trazido algumas normas jurídicas que foram aplicadas por conta da repercussão mundial que o Covid-19 trouxe à população mundial. Como vemos, o vírus modificou grande parte das leis mundiais a fim das autoridades globais promoverem caminhos para conseguirem conter o vírus. Portanto, nós temos de um lado o Estado instituindo e modificando leis para adequar a sociedade no transtorno em que vivemos e do outro lado o cidadão, que deve seguir a conduta imposta pelo Estado a fim de ajudá-lo a comedir o vírus.

2 REPERCUSSÃO DO COVID-19 NAS REGRAS SOCIAIS

Por conta do confinamento imposto pelo governo, grandes medidas tiveram que ser tomadas nos institutos jurídicos, em especial, na justiça internacional, Direito Processual Penal e Direito Penal. Obviamente que, deve-se sempre respeitar os princípios que já cerceiam no estado democrático de direito. Todavia, essas mudanças acabaram intervindo na vida do cidadão.

Nesse sentido leciona José Afonso da Silva, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.

No Brasil, foi editada a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Essa foi regulamentada pela Portaria 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde. O artigo 3º da Portaria diz respeito à medida de isolamento:

Art. 3º A medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local.

§ 1º A medida de isolamento somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, podendo se estender por até igual período, conforme resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão.

§ 2º A medida de isolamento prescrita por ato médico deverá ser efetuada, preferencialmente, em domicílio, podendo ser feito em hospitais públicos ou privados, conforme recomendação médica, a depender do estado clínico do paciente.

§ 3º Não será indicada medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo para o SARSCOV-2.

§ 4º A determinação da medida de isolamento por prescrição médica deverá ser acompanhada do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente, conforme modelo estabelecido no Anexo I.

§ 5º A medida de isolamento por recomendação do agente de vigilância epidemiológica ocorrerá no curso da investigação epidemiológica e abrangerá somente os casos de contactantes próximos a pessoas sintomáticas ou portadoras assintomáticas, e deverá ocorrer em domicílio.

§ 6º Nas unidades da federação em que não houver agente de vigilância epidemiológica, a medida de que trata o § 5º será adotada pelo Secretário de Saúde da respectiva unidade.

§ 7º A medida de isolamento por recomendação será feita por meio de notificação expressa à pessoa contactante, devidamente fundamentada, observado o modelo previsto no Anexo II.

Na esfera administrativa, o descumprimento das normas acima elencadas acarreta o que dispõe o artigo 10, VII da Lei 6.437/77:

Art . 10 – São infrações sanitárias:

(...)

VII – impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis e ao sacrifício de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias:

Pena – advertência, e/ou multa;

(Portaria 356, de 11 de março de 2020)

Na esfera penal, dispõe a Portaria Interministerial nº 5 de 17 de março de 2020 sobre as medidas de enfrentamento de emergência de saúde que devem ser cumprida, bem como, a responsabilidade pela não observância de sua obrigação disponível no artigo 3º, § 4º da Lei 13.979/20, vejamos:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.

Há um dever de cumprimento das regras sociais que cercam nossa vida periodicamente. Existem regras que cumprimos de maneira espontânea e outras porque somos coagidos, e em qual dessas categorias a moral é destacada? Para uma melhor explicação, Miguel Reale diz:

“Podemos dizer que a Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra si próprio a razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Não é coação. (...) Só é possível praticar o bem, no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros”. (REALE, 2015, p.44).

Contudo, verifica-se que as regras servem para manter a harmonia da sociedade, sejam elas morais, jurídicas ou de etiqueta. Para haver uma garantia de cumprimentos dessas regras, o Estado impôs sanções àqueles que não as obedecerem. As sanções têm uma natureza impositiva, ou seja, nós vivemos em uma sociedade, uma coletividade, onde não podemos pensar sozinhos e sim ponderar nossas atitudes em relação ao bem jurídico do outro.

Miguel Reale cita uma frase de importante compreensão acerca das regras sociais e sanções, vejamos: “Nós não vivemos apenas voltados para nós mesmos, mas também em função do meio, da sociedade em que agimos”. (REALE, 2015, p.73).

Podemos utilizar essa frase no mundo em que hoje vivemos, um mundo de pandemia. O Estado estabeleceu novas portarias, regras, leis e normas como forma de organizar a sociedade e a preveni-la do Covid-19. Todavia, a desobediência dessa norma não acarreta em apenas uma consequência a um cidadão único e sim sua indisciplina gera transmissão do vírus, fazendo com que pessoas em sua volta se contaminem e, com isso, aquele cidadão que se contaminou porque desobedeceu as novas regras sociais impostas pelo Estado não só se prejudicou, mas sim prejudicou toda uma coletividade.

Miguel Reale explica o conceito de sanção, *in verbis*:

“A sanção, portanto, é um gênero de que a sanção jurídica é espécie. Existem sanções morais e jurídicas, correspondentes, respectivamente, às regras de natureza moral e jurídica. Há também sanções próprias das normas religiosas, que dizem respeito à crença e à fé, fundadas na esperança ou certeza de uma vida ultraterrena, na qual cada homem receberá a retribuição de sua conduta, a paga ética, ideal, de seu comportamento”. (REALE, 2015, p.75).

Portanto, a sanção estabelecida pelo Estado é uma consequência punitiva pelo descumprimento de uma Lei ou norma jurídica.

2 Covid-19: doenças contagiosas e o Direito Penal

Com o nascimento desse novo vírus no mundo, deveram ser adotados procedimentos para minimizar ao máximo lesar a integridade física e psíquica da população. Com isso foi aplicado novas leis e regras para a adequação da sociedade a fim de evitar o contágio do novo coronavírus.

Uma das questões que vieram à tona foi sobre doenças contagiosas e sua contenção, que são abrangidas no Código Penal Brasileiro, conhecido como periclitamento da vida e da saúde.

Há tipos penais que trazem delitos correspondentes a doenças contagiosas, porém, tem pouca relevância no que se refere ao Covid-19, todavia, há outros tipos penais, que além de terem relação com a pandemia que estamos vivendo atualmente, teve alterações ao longo dos meses de distanciamento social.

Vamos destacá-las:

2.1 Perigo de Contágio de Moléstia Grave

Este dispositivo abrange o caso de alguém que sabe que está contaminado e de forma pertinaz transmite a doença a outros, como vemos atualmente, onde uma pessoa que sabe que está com Covid-19 sai às ruas sem qualquer proteção preventiva para os demais cidadãos.

O tipo penal prevê em seu Código Penal: Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O crime de perigo de contágio de moléstia grave consiste na contaminação intencional de qualquer tipo de doença que se transmite pelo contato.

O sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa que esteja contaminada por moléstia grave ou contagiosa, ou seja, se não estiver será enquadrado como crime impossível pela ineficácia absoluta do meio, como diz o artigo 17 do Código Penal. O sujeito passivo pode ser também qualquer pessoa que não esteja contaminada.

Cleber Masson diz que são admitidos quaisquer meios de execução para a prática delituosa:

O núcleo do tipo é “praticar”. Trata-se de crime de forma livre. Admite qualquer meio de execução dotado de capacidade para transmitir a moléstia grave, que pode ser direto, relativo ao contato físico (exemplos: beijo não lascivo, aperto de mão etc.), ou indireto, referente ao uso de objetos em geral (exemplos: copo d’água, xícara de café etc.). Moléstia grave é qualquer enfermidade que acarreta séria perturbação da saúde. É irrelevante seja incurável ou não, mas precisa ser transmissível, é dizer, contagiosa. A moléstia venérea, se grave, pode enquadrar-se no crime em análise, desde que o perigo de contágio não ocorra em razão de relação sexual ou de ato libidinoso, pois em tal hipótese incide o delito previsto no art. 130 do Código Penal. Em regra esse crime é comissivo. Nada impede, contudo, seja realizado por meio de uma omissão, quando o agente possui o dever de agir, nos termos do art. 13, § 2.º, do Código Penal (crime omissivo impróprio). Exemplo: Comete o delito o pai que observa um estranho espirrar no rosto de seu filho de pouca idade para transmitir-lhe moléstia grave e nada faz para impedir a reiteração deste comportamento ilícito. “ (Masson 2018, p. 159)

Fernando Capez também trata do tema, abordando como necessária a vontade explícita do agente de transmitir moléstia grave:

“Não basta a mera consciência e vontade do agente, molestado, de praticar ato capaz de produzir o contágio, pois o tipo penal exige, além dessa vontade genérica, uma finalidade especial escrita explicitamente no modelo legal, qual seja, “com o fim de transmitir a outrem a moléstia grave”. Ausente essa finalidade, não há o enquadramento legal da conduta ao tipo penal.

Desse modo, no tipo penal em estudo, há o dolo direto de dano acrescido do fim especial de agir: “o fim de transmitir”. Não se admite, na espécie, o dolo eventual de dano, em face de sua incompatibilidade com o elemento subjetivo do tipo, que exige expressamente que o agente queira transmitir a moléstia. “ (Capez 2019, p. 333)

Há a possibilidade do contágio da moléstia grave ser transmitida através de objetos. Com a finalidade de explicar essa situação, Cezar Roberto

Bitencourt ressalta que não há viabilidade do agente que usa de objetos contaminados responderem pelo delito do artigo 131 do Código Penal, pela falta de elementar típica “de que está contaminado”, portanto, configura-se no crime do artigo 132 do Código Penal ou lesão corporal a depender das circunstâncias (Bitencourt, 2015, p.531).

Por acaso a ação desse delito sobrevier uma epidemia, responderá pelos crimes do artigo 131 e 267 §2º na modalidade culposa em concurso formal.

Existem entendimentos que o delito do artigo 131 do Código Penal não tem destaque no que tange aos crimes que alguém contaminado com o novo coronavírus causa, pois é um crime de moléstia grave, onde não há definição jurisprudencial ou doutrinária que possa nos dizer com clareza o que isso significa, podendo ser qualquer tipo de doença, além de que não há muitas informações sobre o vírus, com isso, torna-se inseguro condenar o réu por esse delito.

Ao que diz respeito sobre o entendimento de que o crime do referido artigo não tem uma relevância concreta sobre o Covid-19, Lucas Montenegro e Eduardo Viana explicam:

“ A cláusula “com o fim de”, que nesse caso indica um delito de intenção, expressa a necessidade de que o tipo seja realizado com a finalidade especial. Não basta que o sujeito saiba da infecção e queira realizar um ato capaz de contagiar outra pessoa. Transmitir a doença tem de ser a razão pela qual ele realiza a conduta, o seu propósito. Concretamente: alguém que sabe estar infectado e aperta a mão de um conhecido para cumprimentá-lo não tem a intenção de transferir a enfermidade, embora aceite que o aperto de mão possa levar ao contágio. Mesmo que ele tenha certeza do contágio, se agiu com outra intenção, não haverá crime. Claramente, casos dessa natureza serão muitos excepcionais, para não mencionar as dificuldades de prova que esse tipo específico de dolo implica.” (VIANA; MONTENEGRO, 2020)

Do outro lado, Cezar Roberto Bitencourt trata em seu livro que a conduta tem que ter a finalidade de transmitir a moléstia, ou seja, se a pessoa desconhece que está contaminada não responderá por este crime, todavia, se sobrevier lesão corporal ou morte da vítima e ficar comprovada a existência de culpa, poderá responder pelo crime de lesão corporal seguida culposa ou homicídio culposo, conforme o caso. Entretanto, se a intenção for matar a vítima, poderá configurar homicídio doloso (consumado ou tentado) (Bitencourt, 2015, p.531/535).

Já que não há possibilidade do agente responder pelo perigo de contágio de moléstia grave na forma culposa.

Portanto, mesmo abrangendo interpretações e entendimentos diferentes acerca do delito de perigo de contágio de moléstia grave, a maioria da doutrina defende a ideia de que esse delito tem importância em ser ressaltado ao tratar-se do Covid-19.

2.2 Perigo para a Vida ou Saúde de Outrem

No que diz respeito ao tipo penal deste crime, o agente sabendo que está contaminado, acaba de forma negligente transmitindo para outras pessoas.

O crime de perigo para a vida e saúde de outrem, elencado no artigo 132 do Código Penal estabelece:

Art. 132 – Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:
Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.
Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)

Neste delito, há a desnecessidade do dano, sendo suficiente a exposição do perigo, já que, trata-se de um crime de perigo, que pode ser direto ou eventual. Da mesma forma que o consentimento da vítima é indiferente para aplicação desse crime, em razão da indisponibilidade dos bens jurídicos protegidos.

Cezar Roberto Bitencourt explica o motivo pelo qual o crime do artigo 132 do Código Penal é de perigo e não de dano, vejamos:

``Se o agente pretender, por exemplo, atingir vida ou a saúde de alguém, com sua ação ou omissão estar-se-á diante de uma tentativa de homicídio ou tentativa de lesão corporal, respectivamente``. (Bitencourt, 2015, p.539)

Por tratar-se de crime de perigo é possível a configuração da tentativa neste delito, embora seja difícil ocorrer.

Por fim, por ser um crime de perigo a vida ou a saúde de outrem a ação penal é pública incondicionada, não sendo exigido formalidades ou manifestação da vítima ou de seu representante legal.

2.3 Epidemia

Em seguida, veremos o crime do artigo 267 do Código Penal.

Vejam os:

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. § 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. § 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos. (DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.)

A epidemia não pode se confundir com o conceito de endemia e pandemia. Para explicar melhor essa colocação, vejamos a explanação de Cezar Roberto Bitencourt:

``A endemia, palavra de origem grega, significa *em um povo*, abrangendo os processos patológicos e as enfermidades que se manifestam comumente, e ao longo de muito tempo, numa determinada coletividade ou numa zona geográfica. A febre amarela, por exemplo, é endêmica em determinadas áreas na Amazônia, e a dengue, como dissemos, é endêmica nas regiões tropicais, podendo transformar-se em uma epidemia quando se produz um incremento do número de pessoas infectadas com sintomas da doença, superando os índices de contágio normalmente registrados. Já a pandemia, que, do grego, significa *de todo povo*, caracteriza-se pela afetação de um grande número de indivíduos ao longo de uma área geográfica extensa, afetando, inclusive, mais de um país`` (Bitencourt, 2015, p.1.139)

O bem jurídico protegido no caso deste delito é a integridade física e a saúde de todos aqueles que são afetados pela conduta descrita no tipo penal.

O Código Penal foi criado em 1940, que consistia em uma época que não havia muitas discussões sobre a diferença de epidemia, endemia e pandemia, logo, quando falamos em epidemia, o entendimento é de uma conduta única.

O elemento subjetivo é o dolo, que significa a vontade livre e consciente de praticar a ação tipificada ``causar`` (provocar), ou seja, o agente tem que ter o fim de causar a propagação dos germes patogênicos, logo, quando o agente desconhece sua contaminação afasta-se o dolo, caracterizando culpa, se o resultado for pela negligencia, imprudência ou imperícia. Todavia, se da conduta

culposa resultar a morte da vítima deve haver culpa no precedente e no resultado qualificador, sendo necessário provar a previsibilidade da morte.

O crime é consumado quando numerosas pessoas são acometidas pela doença, todavia, há entendimentos distintos na doutrina no que tange ao tipo de crime. Para Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, p. 891) trata-se de um crime material, cujo resultado integra no próprio tipo penal, todavia, Juilio Fabbrini Mirabete (Manuel de Direito Penal III, p.104) denomina esse crime como de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação da existência do resultado, já para Luiz Regis Prado (Curso de Direito penal brasileiro, v.3, p.780) trata-se de um crime de perigo concreto, onde requer a comprovação, por parte do juiz, da proximidade do perigo ao bem jurídico e da capacidade lesiva do risco. Contudo, a doutrina majoritária entende como crime comum, material, de forma vinculada (ocorrer a propagação de germes patogênicos, comissivo, instantâneo de efeito permanente, pois esse entendimento de ser instantâneo não é pacífico, já que, a consumação da epidemia alonga-se enquanto não forem tomadas medidas para conte-la, unissubjetivo e por fim, plurissubsistente. Admite-se tentativa por se tratar de uma conduta que admite fracionamento.

Constitui-se a figura qualificado com o evento morte, de forma preterdolosa, aplicando-se a pena em dobro. Todavia, se há culpa no precedente e no resultado qualificador a pena é de detenção de dois a quatro anos, mas, se houver culpa sem resultado morte teremos uma pena de detenção de um a dois anos, sendo um crime de pequeno potencial ofensivo, com isso, a competência será dos Juizados Especiais Criminais (artigo 61 da Lei 9.099/95). Por fim, é de ação penal pública incondicionada.

2.4 Infração de Medida Sanitária Preventiva

Esse é um tipo penal que de fato tem importância em tempos de pandemia. Há, no entanto, muitos pontos a esclarecer. O tipo básico do art. 268 Código Penal conta com a seguinte redação:

“Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa.” (DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.)

Este é mais delito que pode ser utilizado em época do Covid-19, pois refere-se a um problema de saúde pública que pode atingir um elevado número de pessoas, sendo interesse do Estado em prevenir, por meio de normas, comandadas pelo Ministério da Saúde o contágio de doenças transmissíveis, afim de impedir sua proliferação acelerada.

O bem jurídico a ser tutelado é a incolumidade pública, estando ligada ao dever de atuação pelo Estado, no que concerne a adoção de ações para a redução do risco de doença, como dispõe o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal de 1988).

Não há qualidade ou condição especial para o sujeito ativo desse tipo penal, todavia, se o for cometido por funcionário público, médico, enfermeiro, farmacêutico ou dentista aumenta-se a pena em 1/3, pois haveria infringência ao dever funcional. Já o sujeito passivo é toda a coletividade de pessoas cuja saúde é colocada em risco.

O crime do artigo 268 do Código Penal é uma norma penal em branco, isto é, se completa por meio de determinações do Poder Público, que visa impedir a propagação de doença contagiosa, desde que, não viole princípios como o da competência na lei penal material, da reserva legal e constitucional de legalidade.

Não há previsão de culpa, faz-se necessário a demonstração de qual medida imposta pelo Poder Público que foi descumprida pelo agente de forma intencional. Já se o agente desconhece de tal medida ocorre a impunidade, exceto se provocar uma epidemia, onde o agente responderá pelo crime do artigo 267, 2º do Código Penal.

O crime se consuma com a desobediência de uma norma imposta pelo Estado a fim de evitar a propagação de doença contagiosa, tratando-se de um crime de perigo abstrato, todavia, deverá demonstrar a idoneidade do agente infrator, já que, para configuração desse delito deve-se produzir um resultado potencialmente ofensivo a preservação do bem jurídico tutelado.

Consuma-se o referido delito com o desrespeito à determinação do poder público municipal, estadual ou federal que vise impedir a introdução ou a propagação do Novo Coronavírus, independentemente da ocorrência do dano efetivo. Por se tratar de crime de perigo abstrato (D'ÁVILA, 2009),

A figura qualificado se dá com o resultado morte ou lesão corporal, mas apenas na forma culposa, se caracterizado o dolo responde por homicídio doloso ou lesão corporal dolosa. Um exemplo trazido por Cezar Roberto Bitencourt seria no caso de um médico, infringindo intencionalmente uma medida sanitária, provoca um contágio em um paciente, causando sua morte, a solução, neste caso, seria de homicídio doloso, pois o perigo específico é absorvido pelo resultado morte (Bitencourt, 2015, p.1.147).

É possível o agente responder em concurso formal de crimes, quando a consequência da morte da vítima deriva de um contágio massivo, ou seja, o agente responderá pelo artigo 268 e 121 do Código Penal cominado com o artigo 70 do mesmo código. A ação penal deste delito é pública incondicionada.

Ressalta-se que para a configuração do delito do art. 268 são necessárias determinações legais ou regulamentares de cunho obrigatório, não sendo cabíveis meros conselhos ou advertências. A normas tidas em consideração também devem ser específicas para a COVID-19, e não medidas gerais de higiene. (BAHIA, Saulo José Casali, p.497).

3 O sistema prisional brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil alcançava um número de 773.151 pessoas que tem privada sua liberdade, já para o

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) esse número é maior, cerca de 812 mil pessoas, segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP).

O Brasil possui o terceiro lugar no ranking mundial de países que mais prendem, ficando atrás apenas dos EUA e da China, o que é um infeliz número, ainda mais quando o mundo foi tomado por uma pandemia. Por este motivo, é importante que se tome medidas urgentes para evitar a proliferação do Covid-19, já que, as prisões brasileiras enfrentam graves problemas, como, superlotação, carecido de tratamento de esgoto e abastecimento de água e tratamento de doenças.

As condições insalubres dá suporte para proliferação do vírus, além de outras doenças. Com base em dados do Infopen, a Rede de Observatório destaca a superlotação penitenciária em alguns estados. Ceará e Pernambuco lideram a superlotação, o primeiro com 173% e o segundo com 172% a mais do número de vagas e Rio de Janeiro com 70% de presos a mais do permitido.

As medidas adotadas são: evitar aglomerações e contato pessoal, higienização das mãos, manutenção da ventilação dos ambientes, atendimento imediato àqueles que apresentarem sintomas e seu devido isolamento social. Essas diligências são difíceis de serem tomadas quando há um grande número de pessoas a mais do que é permitido, sem ventilação, e problemas com o tratamento de esgoto, fornecimento de água e atendimento médico precário, onde não afeta apenas aqueles que cometeram crimes diversos, mas também, aqueles que trabalham nas penitenciárias com o propósito de dar segurança à população.

As ações para combater a doença foram definidos em encontros virtuais promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça que estabeleceram a Recomendação CNJ 62/2020, que prevê protocolos para luta contra o Covid-19 no sistema carcerário, no qual, os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (GMF) dos tribunais terão de enviar a cada 15 dias ao Conselho Nacional de Justiça informações acerca de casos suspeitos e confirmados da Covid-19, assim como o número de mortes, incluindo os servidores.

A recomendação predominante trazida pela Recomendação 62/2020 é no sentido de diminuir o ingresso de pessoas no sistema prisional e socioeducativo, adotando medidas como a transferência de pessoas presos por prisão alimentícia para prisão domiciliar, previsto no artigo 6º da Recomendação 62/2020, e, no caso de adolescentes, a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto e revisão das decisões que determinam a internação provisória. Destaca-se, também, a suspensão das audiências de custódia, baseado no artigo 310, §3º e §4º do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus. (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.)

Observemos o artigo 2º da Recomendação 62/2020 que prevê a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto aos adolescentes:

Art. 2º Recomendar aos magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória, notadamente em relação a adolescentes:

I – gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos de idade ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, adolescentes com deficiência e demais adolescentes que se enquadrem em grupos de risco;

II – que estejam internados provisoriamente em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade, considerando os parâmetros das decisões proferidas pelo STF no HC no 143.988/ES;

III – que estejam internados em unidades socioeducativas que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; e IV – que estejam internados pela prática de atos infracionais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. (Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020).

Entretanto, faz-se necessário analisar as prisões em flagrantes, para isso, o CNJ sugere que sejam relaxadas as prisões ilegais, concedida a liberdade provisória, ou de forma excepcional, convertida em prisão preventiva quando se tratar de crimes cometidos com violência ou grande ameaça contra pessoa, como prevê o artigo 8º, §1º, I, alínea C:

c) excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e que as circunstâncias do fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, observado o protocolo das autoridades sanitárias. (Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020).

O exame de corpo de delito deve ser realizado na data da prisão pelos profissionais de saúde no local em que a pessoa presa estiver por registro fotográfico do rosto e corpo inteiro, com o intuito de documentar indícios de tortura ou maus tratos e, se necessário, poderá entrevistar o preso por meios telemáticos. Nessa entrevista, o magistrado indagará sobre eventuais sintomas do Covid-19, assim como a exposição a fatores tidos como de risco – viagens ao exterior ou contato com pessoas contaminadas – se forem apresentados os sintomas, deverá haver a disponibilização a máscara, adoção de procedimentos instituídos pelo Sistema Público de Saúde, e em caso de conversão da prisão em flagrante em preventiva, encaminhamento à rede de saúde para diagnóstico, comunicação e atendimento previamente ao ingresso no estabelecimento prisional, notificando o juízo competente.

Ainda é recomendado, aos magistrados, a reavaliação das prisões provisórias, priorizando as mulheres gestantes, pessoas presas em estabelecimento com superlotação e prisões preventivas que tenham excedido o

prazo de 90 dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência. O CNJ aconselha a suspensão do dever de apresentação periódica em juízo as pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo.

Aqueles tribunais e magistrados que tem competência penal é indicado a priorizar a redesignação de audiências em processos em que o réu esteja solto e por meio de videoconferência caso seja preso, havendo a necessidade de restrição de visitantes e promover espaços amplos ou aberto, como prevê o artigo 4º e 7º da Recomendação 62/2020, in verbis:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Art. 7º Recomendar aos Tribunais e magistrados com competência penal que priorizem a redesignação de audiências em processos em que o réu esteja solto e a sua realização por videoconferência nas hipóteses em que a pessoa esteja privada de liberdade, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus. (Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020).

Ao se tratar de manutenção na realização de audiências, é recomendado a adoção de medidas, que são: a restrição temporária da presença de visitantes do público em geral, tendo que ser em um local aberto ou ampliado, como as salas de júri e auditórios, como a substituição temporária de magistrados e agentes públicos que pertençam ao grupo de risco, a adoção de medidas de

higiene e de prevenção, tais como a disponibilização de água corrente, máscara, álcool gel e demais itens. Dar uma garantia de salubridade e providência de isolamento e, de forma excepcional, uso de algemas, que se necessárias devem ser devidamente higienizadas e por fim, a redução do tempo de permanência nas carceragens dos Fóruns, aplicando-se, no que for cabível, às Varas de Infância de Juventude, como prevê o artigo 11º da Recomendação 62/2020:

Art. 11. Quanto às regras de visitação em estabelecimentos prisionais e unidades socioeducativas, recomendar aos magistrados que zelem pela elaboração de plano de contingência pelos gestores competentes, o qual deverá observar preferencialmente os seguintes aspectos:

I – comunicação prévia ao juízo competente acerca de qualquer alteração no regime de visitas e entrega de itens às pessoas privadas de liberdade, particularizando as razões que fundamentaram a decisão, o caráter provisório da medida e o prazo estimado para sua duração ou reavaliação;

II – notificação prévia ao defensor, familiares e visitantes acerca de qualquer alteração no regime de visitas e entrega de itens às pessoas privadas de liberdade, indicando as razões que fundamentaram a decisão, o caráter provisório da medida e o prazo estimado para sua duração ou reavaliação;

III – obrigatoriedade de higienização dos espaços de visitação e fornecimento de máscaras e itens de proteção individual aos visitantes, conforme o protocolo sanitário;

IV – proibição da entrada de visitantes que apresentem febre ou sintomas respiratórios associados à Covid-19 e encaminhamento para o serviço de saúde de referência;

V – adoção prioritária do fracionamento da visitação em diferentes dias e horários, a fim de reduzir o número de pessoas que circulam nos locais e assegurar a manutenção de distância respiratória segura;

VI – previsão de medidas alternativas compensatórias às restrições de visitas, facilitando a utilização de outros meios de comunicação. Parágrafo único. Na hipótese de restrição de visitas, não poderá ser limitado o fornecimento de alimentação, medicamentos, vestuário, itens de higiene e limpeza trazidos pelos visitantes. (Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020).

De acordo com o artigo 13º da Recomendação 62/2020, é aconselhável aos magistrados que priorizem as penas pecuniárias decretadas durante o período de estado de emergência de saúde pública para aquisição dos equipamentos de limpeza, proteção e saúde necessários.

Além disso, os magistrados devem, no âmbito de suas atribuições, informarem à Fundação Nacional do Índio (Funai), Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), Ministério Público Federal e a comunidade interessada a respeito

da adoção de medidas que afetem diretamente pessoas indígenas privadas de liberdade, especialmente quanto ao diagnóstico de Covid-19 e a concessão de liberdade provisória ou medidas em meio aberto, fazendo jus ao procedimento descrito na Resolução CNJ nº 287/2019.

Portanto, o procedimento a ser adotado para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo é a separação daquele que apresentar qualquer sintoma do vírus ou aquele que teve contato com um caso suspeito ou confirmado, bem como, o encaminhamento imediato para implementação do protocolo de tratamento previsto pelo Ministério da Saúde com notificação à Secretaria Municipal de Saúde. Além da notificação ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão ou medida socioeducativa de meio fechado por medida não privativa de liberdade por conta da ausência de espaço para o devido isolamento. Por fim, deve ser assegurado o pleno direito à informação sobre as providências adotadas em virtude de suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19 às pessoas privadas de liberdade, bem como a seus familiares e defensores.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observamos que o combate a pandemia do novo coronavírus não é um ato que basta uma das duas esferas, Estado ou cidadão, terem atitudes para debelar o vírus, e sim, ambos tem que agir de forma conjunta. O Estado criando normas jurídicas, como, leis, portarias, entre outras a fim de organizar a sociedade, e o cidadão que deve obedecer a essas diretrizes impostas a eles.

O não cumprimento desse regulamento determinado pelo Estado, além de gerar a proliferação do Covid-19 e colocar a vida da população em risco, também acarreta em sanções que foram postas pelo Estado. Contudo, o cidadão tem uma regra moral e jurídica a cumprir, a moral pelo motivo de zelar pelo bem jurídico do próximo e a jurídica no caso de não cumprimento da obrigação responderá por um delito específico de acordo com o caso em concreto.

No que tange ao Sistema Prisional Brasileiro, o Estado teve de tomar medidas urgentes, visto que, as prisões brasileiras sofre com a superlotação e carência de higiene. Por ter essas condições, acaba dando reforço para a proliferação do vírus. Essas ações foram definidas pelo Conselho Nacional de Justiça através do da Recomendação 62/2020, como já verificado no tópico acima deste.

Por fim, deve ser entendido muito além do que simplesmente respeitar uma norma escrita, ao cumpri-las, respeita, sobretudo a preservação da vida e da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. São Paulo, Saraiva, ed. 9, 2015.

CLARO, Amanda Maria. **IMPACTOS SOCIOECONÔMICOS DO CORONAVÍRUS E DE OUTRAS DOENÇAS NO MUNDO E NO BRASIL**. [s. l.], 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uniara.com.br/noticias/47698/artigo-impactos-socioeconomicos-do-coronavirus-e-de-outras-doencas-no-mundo-e-no-brasil/>. Acesso em: 21 jul. 2020.

Capez, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial : arts. 121 a 212**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia e Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. São Paulo: Editora Iasp, 2020. volume 2. 510p.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Prevenção ao COVID-19 no Sistema Prisional - Informações Complementares. P**, [s. l.], 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia/prevencao-ao-covid-19-no-sistema-prisional-informacoes-complementares>.> Acesso em: 26 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.110.

Masson, Cleber. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo, ed. 27, Saraiva, 2002. 15ª triagem, 2015.

VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas. **Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal: Algumas reflexões sobre os tipos penais relevantes numa situação de epidemia e pontos legislativos controversos**. [s. /], 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>. Acesso em: 28 jul. 2020.