

A NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE CAUSAR EPIDEMIA NO MUNDO PÓS-PANDÊMICO BRASILEIRO

*THE LEGAL NATURE OF THE CRIME OF CAUSING AN EPIDEMIC IN
THE POST-PANDEMIC WORLD IN BRAZIL*

HERON GORDILHO

Doutor em Direito pela UFPE. Estudos pós-doutorais na Pace University (EUA) e École des Hautes Études en Sciences Sociales (FR). Professor do PPGD/UFBA e do PPGD/UCSAL. Promotor de Justiça em Salvador/BA.

E-MAIL: heron@ufba.br

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8485-3729>.

RESUMO: Este artigo de revisão analisa a natureza jurídica do crime de causar epidemia através da propagação de germes patogênicos, previsto no artigo 267 do Código Penal brasileiro. O artigo se utiliza do método dogmático-penal e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental para enfrentar a controvérsia jurídica entre aqueles que entendem que o crime de causar epidemia é um crime de dano, o que exige a prova da efetiva contaminação de pelo menos uma vítima, e aqueles que entendem tratar-se de um crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples exposição a perigo de outrem, sendo irrelevante que alguém tenha sido contaminado. O artigo conclui que se trata de um crime de perigo concreto, o que exige uma prova pericial do efetivo perigo decorrente da conduta do agente para a sua consumação.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de dano; Crime de perigo abstrato; Crime de perigo concreto; Pandemia; Covid 19.

ABSTRACT: This review article analyzes the legal nature of the crime of causing epidemic through the spread of pathogenic germs, provided in article 267 of the Brazilian Penal Code. The article uses the criminal-dogmatic method and the bibliographical and documental research technique to face the legal controversy between those who understand that the crime of causing an epidemic is a damage crime, which requires proof of the effective contamination of at least one victim, and those who understand it is an abstract danger crime, which is consummated with the simple exposure to danger of others, being irrelevant that someone has been contaminated. The article concludes that it is a crime of concrete danger, which requires an expert evidence of the effective danger resulting from the agent's conduct for its consummation.

KEY-WORDS: Crime of damage; Abstract Danger Crime; Concrete Danger Crime; Pandemic; Covid 19.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os elementos do crime de causar epidemia - 2.O resultado nos crimes de dano e nos crimes de perigo concreto e abstrato - 3.O crime de causar epidemia é um crime de dano ou de perigo comum? 4. Conclusões - 5. Referências

1. Introdução

Este artigo de revisão irá analisar o crime de causar epidemia através da propagação de germes patogênicos previsto no artigo 267 do Código Penal brasileiro, visando identificar a sua natureza jurídica.

O artigo se utiliza do método dogmático-penal e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental para enfrentar a controvérsia jurídica entre aqueles que entendem tratar-se de um crime de dano, o que exige a prova da efetiva contaminação de pelo menos uma vítima, e aqueles que entendem tratar-se de um crime de perigo abstrato, que se consuma com a simples exposição a perigo de outrem, sendo irrelevante que alguém tenha sido contaminado.

A partir de uma interpretação lógico-sistemática, este artigo irá analisar inicialmente, os elementos do crime de causar epidemia através da propagação de germes patogênicos, para em seguida fazer uma breve análise sobre a teoria do resultado do crime nas correntes causalista e finalista.

O artigo irá enfrentar, ainda, as controvérsias que envolvem a tipificação desse crime, para saber se se trata de um crime de dano ou de perigo, concluindo que se trata de um crime de perigo concreto, o que exige a prova pericial do efetivo perigo decorrente da conduta do agente para a sua consumação.

Por fim, considerando que a atual redação do artigo 267 do CP dificulta sobremaneira a sua adequação ao fato ilícito, uma vez que oferece variáveis que podem descaracterizar o crime e deixar impunes os seus agentes, o artigo irá apresentar uma proposta de nova redação ao artigo visando facilitar a sua eficácia social.

2. Os elementos do crime de causar epidemia

Em 11 de março de 2020, a OMS declarou que a epidemia da COVID 19, causada pelo vírus SARS-CoV-2, ao atingir a marca de 118.000 pessoas contaminadas e 4.291 mortos em 114 países, se tornou uma pandemia¹.

¹WHO. **Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19** - 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Em 11.03.2020, o governo federal editou a Lei n o 13.979/2020, que estabeleceu as medidas a ser implementadas pelas autoridades administrativas para o enfrentamento da epidemia no Brasil, dentre elas o isolamento social, a quarentena, realização compulsória de exames, vacinas, requisições de bens e serviços, dentre outras².

Em seguida, o Ministério da Saúde editou a Portaria 356/20 regulamentando esta Lei, discriminando as medidas preventivas que poderiam a ser adotadas, e uma das medidas foi o isolamento social determinado por prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica no prazo máximo de 14 (quatorze) dias, podendo ser prorrogada por igual período³.

O crime de causar epidemia passou a ser previsto no ordenamento de vários países após a Primeira Guerra Mundial, uma vez que durante aquele conflito foram utilizadas armas biológicas com germes patogênicos, o que é terminantemente proibido por convenções internacionais⁴.

No Brasil, o Código Penal (CP) de 1940 introduziu os crimes contra a incolumidade pública, dentre eles o crime de causar epidemia através da propagação de germes patogênicos, conduta tipificada pelo artigo 267 do CP com a seguinte redação:

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

O sujeito ativo do tipo é qualquer pessoa, pois se trata de um crime comum que não impõe qualquer qualidade ou condição especial ao sujeito, que sequer precisa estar contaminado para propagar o germes patogênicos.

²BRASIL. **Lei 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. 2020a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm>. Acesso em 17 de julho de 2021.

³BRASIL. **Portaria no 356, de 11 de março de 2020**. 2020d. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em 23 abril 2020.

⁴ GORDILHO, Heron e GODIM, Ester. O crime de infração de medida sanitária preventiva em tempos de pandemia. **Revista Jurídica Unicuriitba** v.03, n°.60, Curitiba, 2020, p.185. Disponível em: <http://revista.unicuriitba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4178/371372504>. Acesso em 30 junho 2021.

Em regra este crime é praticado por agentes contaminados, mas nada impede que o agente tenha acesso a material contaminado pelos germes patogênicos e promova dolosamente a sua propagação.

O sujeito passivo, por seu turno, é toda a sociedade, já que a saúde pública é direito de todos, ao passo que a vítima pode ser qualquer pessoa, até mesmo aquelas que já estão imunizadas, já que elas também podem ser infectadas.

O tipo objetivo consiste em provocar, dar origem, motivar, produzir epidemia mediante a disseminação de germes patogênicos, definidos como organismos capazes de causar doenças infecciosas tais como bactérias, vírus, protozoários, fungos ou helmintos⁵.

Para a tipificação dessa conduta criminosa deve-se identificar se a epidemia pode ser transmitida através da propagação de germes patogênicos, o que exclui, em princípio, as epidemias cujo contágio dependem de um fenômeno natural, como a febre amarela e a dengue, salvo quando se tratem de ações ou omissões humanas que favoreçam à reprodução dos mosquitos transmissores dos germes patogênicos causadores de epidemia dessas doenças.

Epidemia é o aumento do número de doentes que excede a expectativa normal, embora neste crime não é qualquer epidemia de moléstia infecciosa e contagiosa, mas somente àquelas suscetíveis de contágio através da propagação de germes patogênicos⁶.

No conceito de epidemia está incluído o de pandemia, que é uma epidemia que se estende a nível mundial, ou seja, se espalha por diversas regiões do planeta, embora nesse conceito não estejam incluídas as endemias, que são moléstias provocadas por fenômenos naturais e restritos a determinadas zonas geográficas⁷.

O objeto jurídico é o bem juridicamente protegido pela norma penal, que nesse caso é a saúde pública, enquanto o objeto material é a saúde da pessoa que sofreu os efeitos da ação delituosa, ou seja, a integridade sanitária da pessoa contaminada pela conduta do agente.

Os elementos objetivos são as circunstâncias que estão fora do mundo psíquico do agente, sendo descritivos quando se referem a uma realidade concreta perceptível pelos sentidos independente de qualquer valoração, isto é, a conduta externa do agente que constitui o

⁵DELMANTO, Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro:Renovar.2002,p.542.

⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte especial**. 1São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005, p. 845

⁷SEVERO, Simone Leticia et all. A necessária atuação conjunta dos entes federados para a efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. Direitos Sociais e Políticas Públicas II. **Anais do II Encontro Virtual do CONPEDI**. Disponível em:<http://conpedi.danielr.info/publicacoes/nl6180k3/bwae5h7j/jU67yC0x1P8D4OQ3.pdf>. Acesso em 2 julho 2021.

núcleo do tipo, a saber: "disseminar a epidemia através da propagação de germes patogênicos"⁸.

Segundo a Organização Pan Americana de Saúde (OPAS), quando uma pessoa contaminada fala, tosse ou espirra, gotículas que abrigam o coronavírus se transmitem pelo ar ou se depositam na superfície dos objetos, e quando as pessoas sadias inspiram essas gotículas contaminadas ou tocam nesses objetos e em seguida tocam as mucosas dos olhos, nariz ou boca, eles podem se infectar quando o vírus entrar em suas células⁹.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, que consiste em querer (dolo direto) ou assumir o risco (dolo eventual) de produzir a epidemia, isto é, a vontade deliberada de violar a lei com pleno conhecimento da ilicitude do ato, não se exigindo uma fim especial do agente.

Face ao princípio da especialidade, se o agente agir com o fim especial de infectar ou causar a morte de determinada pessoa, ele praticará os crimes de perigo de contágio de moléstia grave (art.131 do CP) ou homicídio (art.121 do CP), em concurso formal com o crime de causar epidemia (art.267 do CP)¹⁰.

Se o crime for praticado em lugar sujeito à administração militar e na forma prevista no art. 9 do Código Penal Militar (CPM), o agente responde pelo crime de causar epidemia previsto no artigo 292 no mesmo diploma legal¹¹.

O crime também pode ser praticado por omissão, quando o agente teve contato com o germe patogênico, ou sabe estar contaminado, e não toma os cuidados necessários para impedir a sua propagação, uma vez que é do conhecimento público que o SARS-CoV-2 se transmite por meio do contato direto ou indireto com superfícies ou objetos contaminados ou secreções como a saliva, secreções respiratórias ou mesmo gotículas respiratórias de pessoas contaminadas¹².

⁸GORDILHO, Heron. **Direito Ambiental Pós-moderno**. Curitiba: Juruá. 2011, p.68.

⁹ ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Folha informativa** – COVID-19 (doença causada pelo novocoronavírus). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875

¹⁰CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts.121 ao 361)13. ed.. Salvador, JusPO-DIVM, 2021,p.723.

¹¹BRASIL. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 2 julho 2021.

¹² ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Folha informativa sobre a Covid 19**, Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 3 julho 2021.

Se agente fez teste laboratorial que constatou que ele estava contaminado e não adotou as medidas de isolamento social exigidas, ele assume o risco de propagar os germes patogênicos e infectar pessoas saudas, e nesse caso o elemento subjetivo passa a ser o dolo eventual.

Se o agente conhecia os sintomas amplamente divulgados de que os sintomas da COVID 19 são tosse seca, febre elevada, perda de olfato, paladar e dificuldade de respirar, etc., e mesmo assim, de forma imprudente, propaga os germes causadores da doença epidêmica, ele pratica o crime em sua forma culposa.

Outro exemplo de forma culposa é a imperícia na preparação da vacina ou negligência no isolamento dos germes patogênicos, ou mesmo quando o agente deixar de esterilizar os instrumentos de trabalho¹³.

A expressão “mediante a propagação de germes patogênicos” expressa um elemento objetivo científico, pois exige o conhecimento do conceito de “germes patogênicos”, o que apenas será possível com o auxílio das ciências naturais¹⁴.

Excepcionalmente o crime pode ser omissivo impróprio ou comissivo por omissão, caso o agente seja o garantidor e tenha o dever jurídico de evitar o resultado, como o médico ou o enfermeiro que deixa de adotar as medidas protetivas necessárias para que pacientes não sejam contaminados pelo germe patogênico causador da doença epidêmica¹⁵.

O tipo penal admite a forma tentada, quando se tratar de obrigação de não fazer, como nos casos em que o agente está impedido de sair de casa (por exemplo, isolamento social) e tenta sair, sendo preso em flagrante delito.

Se o crime provocar a morte da vítima, a pena será aplicada em dobro, e nesse caso, ao contrário das tradicionais figuras qualificadas pelo resultado, deve existir dolo na ação precedente e culpa no resultado qualificador, quando o crime passa a ser considerado hediondo¹⁶.

¹³MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de direito penal**:parte especial.São Paulo:Atlas. v.2, 2006.

¹⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal** Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2020, p.447

¹⁵BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. art. 13, § 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 maio 2020.

¹⁶BRASIL. **Lei 8.072/90**, art.1º, VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm Acesso em 15 maio 2020

3. O resultado nos crimes de dano e nos crimes de perigo concreto e abstrato

Muito se discute sobre a natureza do resultado requerido para a consumação do crime de causar epidemia, uma vez que parte da doutrina entende que o resultado desse crime é a efetiva contaminação das pessoas, enquanto outros entendem ser suficiente a simples exposição da população ao perigo concreto de contágio.

Esse debate nos remete à teoria da ação e ao conflito entre causalismo e finalismo, já que o causalismo entende que o resultado de um crime é a modificação do mundo fático, de modo que é impossível existir crimes tentados, omissivos ou de perigo, pois nesses casos não ocorre um resultado concreto¹⁷.

Para essa concepção naturalística do crime, o resultado deve promover uma modificação do mundo exterior, ou seja, a conduta ilícita deve provocar uma lesão efetiva a um objeto ou à integridade física e/ou psicológica de outrem¹⁸.

A concepção finalista, por sua vez, entende que o resultado do crime é a modificação do mundo real a partir da conduta ilícita do agente, mas conduta e resultado não se confundem, pois são eventos independentes. Nesta visão normativa do crime, o resultado não faz parte da conduta, embora possa integrar o tipo, sempre que o legislador reconhecer a sua relevância jurídico-penal¹⁹.

A Exposição de Motivos do CP dispõe que “não há crime sem resultado”, adotando a concepção finalístico-normativa do resultado, de modo que a ofensa ao bem jurídico não é o resultado da conduta, mas a valoração jurídica dessa conduta, de modo que todo crime tem um resultado, mas este resultado está inserido na antijuridicidade da conduta²⁰.

Em relação ao resultado jurídico, o crime de dano ocorre quando o tipo exige que, além de um resultado subjetivo (conduta orientada pela vontade de alcançar o resultado), ocorra um resultado objetivo, isto é, uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado²¹.

¹⁷ JUNQUEIRA, Gustavo, **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva Educação. 2019, p.245.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1964, p.92

¹⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, Direito Penal: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.204.

²⁰ FRAGOSO, Heleno C.. **Lições de Direito Penal, parte especial**, volume II, 5ª edição, p.183.

²¹ JUNQUEIRA, Gustavo, **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva Educação. 2019, p.247.

Os crimes de perigo, porém, nos remete a uma técnica de direito penal que expressa um desvalor a determinada conduta, independentemente de qualquer resultado naturalístico, punindo antecipadamente uma conduta que possa provocar uma lesão irremediável a um bem jurídico socialmente relevante²².

Esta técnica é utilizada em vários ordenamentos jurídicos, mesmo em países da União Européia como a Alemanha, e já ultrapassa os campo do direito penal econômico e ambiental, sendo utilizada também para coibir os crimes de trânsito. O artigo 1º do chamado *Corpus Iuris* da União Européia, por exemplo, prevê ainda o crime de perigo de fraude em subvenções, visando preservar os interesses econômicos dos seus Estados Membros²³.

Neste tipo de crime, o intérprete deve partir de uma perspectiva *ex ante* e, utilizando as regras da experiência, analisar o conteúdo e a intencionalidade destas regras para individualizar a situação de perigo²⁴.

Para identificar o desvalor do resultado nos crimes de perigo é preciso identificar a presença de dois elementos fundamentais: a probabilidade de ocorrência do dano e o caráter desvalioso do seu resultado²⁵.

O exemplo clássico é o crime de provocar incêndio (art. 250 do CP), quando o agente desencadeia o irrupção de forças naturais que colocam em situação de perigo a vida, a integridade física e/ou o patrimônio de outrem. Para a configuração desse crime basta a exposição a perigo o patrimônio e/ou a integridade física das vítimas, sendo irrelevante que elas tenham sido efetivamente atingidas pelas chamas²⁶.

²² D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. p. 90.

²³HIRSCH, Joachim. Sistemática e límites de los delitos de peligro. **Revista Latino americana de Derecho** v.5 n.9-10. 2008. Disponível em:file:///Users/heronjosedesantanagordilho/Downloads/21385-19086-1-PB.pdf. Acesso em 2 julho 2021, p.615.

²⁴Ibid.

²⁵FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 591.

²⁶DELMANTO , Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro:Renovar.2002, p.521.

Para Liszt:

Quem solta as cadeias naturais, não pode traçar os limites onde elas se deterão, e medir as consequências que a própria ação acarretará consigo: as forças naturais desencadeadas zombam do poder e das previsões individuais. Desse ilimitado, desse incommensurável resulta a idéia de perigo comum²⁷:

Para que ocorra um crime de perigo concreto, é preciso que o bem jurídico protegido seja exposto a um perigo efetivo e que exista a possibilidade concreta de que o evento danoso vai ocorrer, embora ele não precise necessariamente ocorrer²⁸.

Nesses casos o Direito Penal promove uma análise *ex ante da* probabilidade do dano, visando a concretude do seu limite material a partir do critério negativo da insignificância, que deve ser verificada no contexto fático²⁹.

Se os crimes de dano exigem um dano efetivo como resultado da ação, nos crimes de perigo concreto é suficiente a simples exposição a perigo do bem jurídico tutelado, ainda que esta exposição deva ser devidamente provada, como nos crimes de perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP), que se consuma com a prática do contato sexual, independentemente do efetivo contágio³⁰.

Nos crimes de perigo abstrato ou presumido, porém, os denominados de crimes de simples desobediência, o legislador já presume o perigo de forma absoluta (*jure et de jure*), como no crime de porte de drogas (art.28 da Lei n.11.343/06), em que o perigo à saúde pública não precisa ser demonstrado ou provado³¹.

²⁷LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão** Vol II.Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p.344.

²⁸LITZ, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão** Vol II.Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p.344.

²⁹D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**:Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009,p.113.

³⁰DELMANTO , Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro:Renovar.2002, p.281.

³¹ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2020, p.364.

4.0 crime de causar epidemia é um crime de dano ou de perigo comum?

Quanto ao resultado naturalístico, os crimes podem ser classificados em crimes materiais, formais ou de mera conduta, sendo materiais os que pressupõem um resultado natural para a sua consumação, enquanto os crimes formais descrevem a realização do resultado naturalístico mas não exige que ele ocorra, como no crime de extorsão (art.158, CP) que se consuma independentemente da obtenção da vantagem indevida³².

Nos crimes de mera conduta, o tipo descreve uma conduta ativa ou passiva, mas não descreve nenhum resultado naturalístico, como no crime de ato obsceno (art.233, CP), onde a mera ação já configura o crime, de modo que eventuais resultados naturalísticos são extratípicos ou simples consequência do crime³³.

Quanto à intensidade da lesão, a doutrina faz uma graduação valorativa da proteção ao bem jurídico tutelado, de modo que os crimes podem ser de dano, quando provoca uma efetiva lesão ao bem jurídico, ou de perigo, quando a conduta apenas coloca em risco o bem jurídico protegido.

Entre os crimes de perigo existe ainda outra classificação que diferencia os crimes de perigo concreto, que exige a prova de que a conduta colocou o bem jurídico em situação de efetivo risco, e os crimes de perigo abstrato, onde o perigo não é elemento do tipo, mas simples motivo da incriminação da conduta, como no crime de porte de drogas (art.28 da Lei n.11.343/06), que presume de forma absoluta (*jure et de jure*) o perigo à saúde pública³⁴.

No crime de causar epidemia (art. 267 do CP), a doutrina se divide entre aqueles que entendem tratar-se de um crime de dano, exigindo a prova da efetiva contaminação de, pelo menos, uma vítima, e os que entendem que se trata de um crime de perigo comum, pois coloca em risco a integridade física ou a vida de um círculo não determinado de pessoas, uma vez que o simples contato do agente - que sabe ou deveria saber que está contaminado - com as pessoas já provoca o risco de desencadeamento de forças naturais de difícil controle³⁵.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.96: O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula96.pdf. Acesso em 11 julho 2021.

³³JUNQUEIRA, Gustavo, **Manual de Direito Penal: parte geral**.São Paulo:Saraiva Educação.2019, p.248.

³⁴ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2020, p.364.

³⁵ LITZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília:Senado Federal.2006, ps. 344-345

Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo, entende que se trata de um crime de dano, já que a epidemia é por si mesma um evento lesivo à saúde pública, de modo que a materialidade do crime deve ser provada através de laudo pericial que confirme que pelo menos uma vítima foi contaminada pelo sujeito ativo³⁶.

É que o elemento objetivo do tipo, isto é, a conduta do agente que constitui o núcleo do tipo penal, é “causar epidemia”, e a epidemia somente ocorre quando pelo menos uma pessoa é contaminada e, a partir dela, outras pessoas também são contaminadas³⁷.

Não obstante, se Heleno Claudio Fragoso tiver razão e o crime de causar epidemia for considerado um crime de dano, restará difícil a sua comprovação, pois será preciso provar que o autor estava contaminado, sabia dessa condição e ainda assim se dirigiu a um local livre da epidemia, já que não se pode *causar* uma epidemia onde ela já se encontra presente, pois nesse caso ocorreria um crime impossível.

Além disso, seria preciso provar que a vítima foi contaminada pelo germe patogênico proveniente do próprio agente, o que é quase impossível provar, uma vez que os germes patogênicos, via de regra, são geneticamente iguais.

Mas como provar que a vítima foi contaminada pelo autor e não por outra pessoa qualquer, se é difícil descobrir como ocorre cada transmissão, especialmente quando a epidemia deixou de ser local e passou a ser comunitária?

Celso Delmanto, todavia, considera que o crime de causar epidemia é um crime de perigo abstrato ou presumido, cujo núcleo é “causar”, isto é, provocar, motivar ou produzir epidemia, e o meio de execução indicado pela lei é a propagação, que é o ato de difundir, multiplicar, transmitir germes patogênicos capazes de transmitir a doença infecciosa epidêmica³⁸.

Nesse caso, a presença do perigo abstrato é parte da realidade, e existe mesmo quando ninguém o percebe, o que exige um juízo valorativo de probabilidade para a sua concretização, juízo que deve ser feito com base na experiência humana cotidiana, ou seja, na experiência geral comum³⁹.

³⁶ FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p.199

³⁷ GORDILHO, Heron. **Direito ambiental pós-moderno**. Curitiba: Juruá. 2010, p.68.

³⁸ DELMANTO, Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.823

³⁹ BARROS, Flávio Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.170.

Por experiência geral e comum se entende uma avaliação, *a priori*, de que a periculosidade de determinados tipos de conduta deve deixar de ser simples elemento do tipo para se constituir em motivo da incriminação (*ratio legis*)⁴⁰.

Essa presunção do perigo encontra fundamento no risco de difusão da moléstia, razão pela qual não se exige a prova de nenhum resultado naturalístico ou lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que a simples propagação dos germes patogênicos é capaz de por si só desencadear as forças da natureza que causam a epidemia⁴¹.

O crime de perigo abstrato é uma técnica legal que concebe o perigo como o motivo da proibição e não como um elemento do tipo, punindo a conduta do agente independentemente dela ter criado um perigo efetivo para o bem jurídico, como nos casos de embriaguez ao volante⁴².

Se o agente sabe que está contaminado - por ter feito o teste ou por apresentar os sintomas de doença infecciosa- e mesmo assim deixa o isolamento social e sai propagando o germe patogênico pelos locais por onde passa, o que pode ocorrer com o simples ato de falar sem o uso de máscara sanitária, o crime se consuma, cabendo à acusação simplesmente provar que o agente sabia que estava contaminado com o germe patogênico e não adotou as medidas previstas pelas normas sanitárias.

Nesses casos, o crime se consuma com a própria conduta, uma vez que o legislador optou por presumir que a simples conduta do agente de expor o bem jurídico a perigo já viola a integridade do bem jurídico tutelado⁴³.

Uma vez que o direito penal não está disposto a abrir mão do crime de perigo abstrato quando estiver em jogo bens jurídicos fundamentais como a vida e a saúde pública, que exigem prevenção através da antecipação da tutela penal, vai surgir a corrente eclética do crime de perigo abstrato, que tenta conciliar a teoria do crime de perigo abstrato e a teoria do crime de perigo concreto.

Esta teoria cria a figura do crime de perigo abstrato-concreto e preconiza a não punição de condutas quando ficar provado que o perigo não existiu em momento algum, uma vez

⁴⁰ MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**, Ed. Millennium, v.1. Campinas, SP, 2002, os.90-91.

⁴¹ DELMANTO, Celso. No mesmo sentido da posição de Nucci, tem-se a lição de Luiz Régis Prado. *Código Penal anotado*, p. 823

⁴²DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. T.1. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007, p.309.

⁴³ ESTEFAM, André. **Direito Penal esquematizado: parte geral**/ André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. 7º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza)

que agente adotou todas as medidas necessárias para evitar que o bem jurídico protegido pela norma penal fosse colocado em risco⁴⁴.

Não obstante, se admitirmos que o crime de causar epidemia se consuma com a simples desobediência às normas sanitárias, ele acabaria por se confundir com o crime previsto no artigo 268 do CP: "infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa"⁴⁵.

Entendemos que o crime de causar epidemia deve ser considerado um crime perigo concreto, o que exigiria não apenas a prova de que o agente sabia que estava contaminado, mas também que ele manteve contato com pessoas sadias, expondo-as ao perigo concreto de contaminá-las com os germes patogênicos de que era portador.

Ainda que o legislador se contente com a mera probabilidade de dano ao bem jurídico protegido, o crime de perigo concreto exige a prova de que a conduta do agente colocou em risco efetivo o bem jurídico protegido, e esta probabilidade deve ser devidamente comprovada a partir de laudos técnicos, sob pena de ausência de materialidade do crime⁴⁶.

Os tribunais têm reiteradamente decidido nesse sentido, exigindo que para a condenação em crimes de perigo concreto é necessário estar provado o efetivo perigo de dano ao bem jurídico tutelado através de prova pericial⁴⁷

⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2007.p. 310-311.

⁴⁵BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁴⁶CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. **Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2036.pdf. Acesso em 28 junho 2021.

⁴⁷ BRASIL. Apelação n.20090710112997APR, Rel^a. Desa. SANDRA DE SANTIS. Data do Julgamento 07/11/2011: "Em julgamento de apelação interposta para absolver réu condenado pela prática do crime de incêndio, a Turma negou provimento ao recurso. Segundo a Relatoria, o acusado foi condenado por infringir o art. 250, § 1º, inciso II, alínea "a" do **Código Penal**, pois, inconformado com o fim do relacionamento, teria ateado fogo na residência da ex-companheira. Ante a alegação da defesa de atipicidade da conduta sob o fundamento de que não houve exposição a perigo da coletividade, mas de pessoa certa e determinada, a Desembargadora explicou que, para a configuração do crime de incêndio, basta a criação de efetiva situação de perigo à vida, integridade física ou ao patrimônio de outrem. Na espécie, a Magistrada afirmou que a ação incendiária colocou em risco a vida de oito pessoas que se encontravam na residência, além do perigo iminente de explosão, haja vista a presença de botijões de gás no local. Ao enfrentar o pedido de desclassificação para o crime de dano (art. 163, *caput*, do **Código Penal**), os Julgadores entenderam incabível a pretensão, pois essa infração penal incrimina tão somente a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia e, portanto, não há perigo concreto como na hipótese. Dessa forma, por reconhecer a conduta atentatória contra a incolumidade pública, o Colegiado confirmou a condenação do réu. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2012/informativo-de-jurisprudencia-no-227/crime-de-incendio-perigo-concreto>. Acesso em 29 junho 2021.

Por fim, face ao princípio da especialidade, se não for possível provar que o agente transmitiu para outrem um patógeno causador de doença infecciosa epidêmica ou expôs a perigo direto a população, pode lhe ser imputado ainda o crime de perigo para a vida de outrem, previsto no art. 132 do CP⁴⁸.

5. Conclusões

Como vimos, o crime de causar epidemia é um crime de perigo concreto, sendo necessária a prova técnica de que a conduta do agente pode desencadear a propagação da epidemia de uma determinada doença infecciosa transmissível através de germes patogênicos. Além disso, é necessária a prova de que o agente sabia ou devia saber que estava contaminado pela doença epidêmica e efetivamente expôs a população a um risco de contaminação.

No Brasil, a epidemia da Covid 19 demonstrou as graves consequências que condutas como aglomerações, recusa ao uso de máscaras e higienização das mãos podem causar à incolumidade pública, provocando uma verdadeira tragédia social, com a morte desnecessária de milhares de pessoas, sem que o direito penal tenha sido capaz de prevenir tais condutas.

Face ao caráter irremediável dos danos provocados por epidemias como a da COVID-19, que vem atingindo de forma irremediável a vida ou a integridade física das vítimas, é preciso a reformulação da redação do artigo 267 do CP, privilegiando a punição antecipada através da técnica penal dos crimes de perigo comum, punindo exemplarmente as pessoas contaminadas, ou com suspeita de contaminação, propaguem os germes patogênicos dessas enfermidades.

Tendo em vista a real possibilidade de que este vírus continue circulando em nosso país, com o surgimento de novas cepas do vírus SARS-Cov-2, e do provável surgimento de novas epidemias, entendemos que uma redação mais clara sobre a natureza jurídica do crime de causar epidemia pode contribuir com a função de proteção dos bens jurídicos especiais pelo Direito Penal.

⁴⁸BRASIL. **Código Penal**. Art.132: Expor a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Assim, apresentamos a seguinte proposta de nova redação do art. 267 *caput*:

Expor alguém a risco de contaminação por patógenos ou parasitas causadores de doenças infecciosas de que sabe ou deva saber que está contaminado, durante período de epidemia declarada pelo órgão sanitário competente.

Pena- Reclusão, de dois a quatro anos;

- § 1º- Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.

- § 2º- No caso de culpa, se o fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

6. Referências

ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2020.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Organização Pan Americana de Saúde. **Folha informativa – COVID-19** (doença causada pelo novocoronavírus). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875

BRASIL. **Lei 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. 2020a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm>. Acesso em 17 de julho de 2021.

BRASIL. **Portaria no 356, de 11 de março de 2020**. 2020d. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em 23 abril 2020.

BRASIL. **Lei 8.072/90**, art.1º, VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm

Acesso em 15 maio 2020

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **Crimes de perigo e riscos ao ambiente**. *Revista de direito ambiental*, v11, n. 42, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

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.

DELMANTO, Celso ...[et al]. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. T.1. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007.

ESTEFAM, André. **Direito Penal esquematizado: parte geral**/ André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza).

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, Direito Penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GORDILHO, Heron. **Direito Ambiental Pós-moderno**. Curitiba: Juruá. 2011.

GORDILHO, Heron e GODIM, Ester. O crime de infração de medida sanitária preventiva em tempos de pandemia. **Revista Jurídica Unicuriúba** v.03, nº.60, Curitiba, 2020, p.185. Disponível em: <http://revista.unicuriúba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4178/371372504>. Acesso em 30 junho 2021.

HIRSCH, Joachim. Sistemática e límites de los delitos de peligro. **Revista Latino americana de Derecho** v.5 n.9-10. 2008. Disponível em: file:///Users/heronjosedesantanagordilho/Downloads/21385-19086-1-PB.pdf. Acesso em 2 julho 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo, **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.
MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1964.

LITZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal. 2006.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Ed. Millennium, v.1. Campinas, SP, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2005, p.120.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte especial. 1ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005.

ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Folha informativa sobre a Covid 19**, Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 3 julho 2021.

SEVERO, Simone Letícia et al. A necessária atuação conjunta dos entes federados para a efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. Direitos Sociais e Políticas Públicas II. **Anais do II Encontro Virtual do CONPEDI**. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/nl6180k3/bwae5h7j/jU67yC0x1P8D4OQ3.pdf>. Acesso em 2 julho 2021.