



BOLETIM INFORMATIVO

CORONAVÍRUS E O DIREITO PENAL

O escritório Fernando José da Costa – Advogados, preocupado com a situação de pandemia ocasionada pela moléstia do “COVID-19”, elaborou a quarta edição do Boletim Informativo “*Coronavírus e o Direito Penal*”, contendo artigos jurídicos que tratam do cenário atualmente vivenciado sob a ótica do Direito Penal. Para acessar a primeira edição do boletim, [clique aqui](#).

Para acessar a segunda edição do boletim, [clique aqui](#).

Para acessar a terceira edição do boletim, [clique aqui](#).



FERNANDO JOSÉ DA COSTA
ALEXANDRE IMBRIANI
FELIPE PESSOA FONTANA
GABRIEL DOMINGUES
CARLA RIPOLI BEDONE
LUCIE ANTABI
GABRIELA PACHÁ VITIELLO
BRUNA CARVALHO FONSECA DIAS

SAQUE NA PANDEMIA É CRIME

*Autor: Fernando José da Costa**

Em período de pandemia como este, resultante de um inusitado Coronavírus, pessoas estão infelizmente perdendo suas vidas, empregos, rendimentos e muitas passarão semanas sem ter o que comer.

Em épocas como esta é comum o aumento de crimes contra o patrimônio, como furto, roubo e latrocínio, ocorrendo este último quando a violência empregada no roubo resulta em morte. Uma das condutas mais praticadas e objeto do presente artigo é o saque em estabelecimentos comerciais, principalmente naqueles que vendem comida, como supermercados. Em linguagem popular, saque é a subtração de um bem seu ou de outrem. Quando alguém vai a uma instituição financeira e retira um dinheiro seu lá depositado, estará realizando um saque, conduta esta que no mundo jurídico é lícita e legal. Todavia, quando alguém vai a um supermercado e realiza um saque de alimentos, esta conduta é ilícita e criminosa.

Não existe crime de “saque”, mas existe crime de furto, com pena de reclusão de um a quatro anos e multa. O furto é a subtração de coisa alheia móvel, assim, quem vai a um supermercado e subtrai alimentos, pratica furto.

Se o furto for praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada em um terço. Contudo, notem que a legislação exige, para a aplicação este aumento especial de pena, que seja de noite (sem luz natural) e que a vítima esteja dormindo. Isto porque a proteção do patrimônio durante o repouso noturno é menos vigiada, o que significa que se o saque ocorrer em período noturno em um estabelecimento comercial fechado, este aumento de pena será aplicado, todavia, se o estabelecimento no horário noturno estiver aberto ou tenha vigilância, este aumento de pena não será aplicado. O mesmo ocorre se o saque for realizado de dia, mesmo que em estabelecimento fechado ou sem vigia. Entende-se como período noturno quando não houver luz natural, já que a falta desta dificulta o zelo do patrimônio.

Contudo, se a subtração ocorrer por um grupo de pessoas, muito comum nos saques em períodos como este, o furto será qualificado, com pena de reclusão de dois a oito anos e multa, pois considera-se furto qualificado aquele praticado por duas ou mais pessoas. Será igualmente qualificado o furto praticado mediante a destruição ou rompimento de obstáculo para a subtração da coisa móvel. Assim, aqueles que, para subtraírem, destroem as portas, vidros, ou cadeados de um comércio, praticam furto qualificado. Quando a subtração for praticada por duas ou mais pessoas e mediante a destruição de obstáculo, considera-se praticado um furto duplamente qualificado, tendo o julgador que, dentro da pena em abstrato de dois a oito anos, aplicar um aumento de pena.

Temos ainda as atenuantes genéricas, previstas na Parte Geral do Código Penal, mais especificamente no artigo 65. Dentre elas, destacamos os crimes cometidos sob a influência de multidão em tumulto, desde que não seja o agente quem o tenha provocado. Isto porque entende-se que o dolo do agente em crime praticado por várias pessoas em tumulto é menor. O agente acaba sendo influenciado pelo momento e por

várias pessoas estarem praticando aquele crime. Esta atenuante não pode ser aplicada a quem promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes. Na verdade, tal agente terá em sua pena uma agravante genérica, prevista no artigo 62 do Código Penal.

A questão mais complexa está na aplicabilidade ou não da excludente de ilicitude do estado de necessidade. Isto porque se configurada tal excludente não haverá crime. Vejamos o que prevê tal dispositivo previsto no artigo 24 do Código Penal: *“Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”*

Assim, saques ocorridos em época de pandemia são considerados crime de furto ou aplica-se a excludente de ilicitude do estado de necessidade? A resposta não é tão simples, deve ser analisado caso a caso. O estado de necessidade é a ofensa de um bem para proteger outro bem de igual ou superior importância. No presente caso, o saque ofende o bem *“patrimônio”* para proteger um outro bem de maior relevância, a *“saúde”*. Eis a questão, se o agente de fato estiver subtraindo comida por não ter o que comer, agirá em estado de necessidade, porém, quem tem alguma condição de se alimentar ou subtrai bens que não estão ligados à alimentação necessária, como chocolate, bebida alcoólica ou ainda computador, bicicleta, evidentemente não estará agindo em estado de necessidade.

Hoje concluímos este artigo de forma diversa, rezando para esta pandemia passar, para que tenhamos menos pessoas mortas e para não termos saques, sejam estes em estado de necessidade ou não, alertando aos oportunistas que saques sem estado de necessidade é crime!

***Fernando José da Costa**, Advogado criminalista; Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); Doutor pela Università degli Studi di Sassari; Palestrante do Programa de Pós Graduação Lato Sensu da FGV DIREITO SP (GVlaw); foi Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (OAB/SP), presidente da Comissão de Direito Criminal e vice-presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SP.

in

CORONAVÍRUS E O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA

*Autores: Felipe Pessoa Fontana, Gabriel Domingues e Carla Ripoli Bedone**

São evidentes os impactos econômicos gerados pelas medidas de combate à Covid-19 (“*Coronavírus*”), a exemplo do fechamento de grande parte do comércio, a restrição da atividade industrial.

Assume relevância, assim, a discussão sobre a possível inadimplência tributária decorrente do delicado quadro econômico, financeiro e/ou patrimonial possivelmente verificado em certas empresas ao final do período de restrição.

Nesse contexto, o objetivo aqui é analisar aspectos penais pontuais sobre a apropriação indébita tributária, especificamente pelo não recolhimento de ICMS próprio.

Colacione-se, de antemão, a redação do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, que institui o referido crime, punível com penas de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa: “*deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos*”.

Pois bem.

Nos autos do *Habeas Corpus* nº 399.109/SC, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que deixar de recolher ICMS oriundo de operações próprias, ainda que devidamente escrituradas, configura apropriação indébita tributária.

Posicionamento semelhante foi adotado mais recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso em *Habeas Corpus* nº 163.334. Na ocasião a Corte, por maioria, compreendeu que o crime se configura em caso de não pagamento do ICMS próprio destacado na nota fiscal e devidamente declarado ao Fisco.

É inegável, portanto, que tais julgamentos ocasionaram uma maior abrangência do dispositivo penal em questão, abarcando situações nas quais o próprio contribuinte reconhece a realização das operações tributáveis por meio de sua escrituração.

Com a crise do “*Coronavírus*” há que se projetar a hipótese em que um empresário tenha que escolher entre recolher ICMS oriundo de operações declaradas ou destinar tal montante de maneira diversa, com a finalidade de manter a existência de seu negócio, adimplindo obrigações trabalhistas, adquirindo insumos etc.

Assim, questiona-se: **quais justificativas penais poderiam ser invocadas na defesa penal do contribuinte que deixa de recolher ICMS próprio devidamente escriturado no atual cenário?**

Ganha força neste contexto a tese da inexigibilidade de conduta diversa, que uma vez reconhecida exclui a configuração do crime por falta de culpa daquele que o praticou.

Em termos dogmático-penais, o crime é um fato típico, ilícito e culpável. Ausentes quaisquer desses 3 (três) elementos, não há que se falar em delito.

A conduta típica é aquela que se amolda a um modelo instituído previamente pela lei, no presente caso as disposições do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990.

Já a ilicitude - também denominada antijuridicidade - diz respeito à contrariedade do fato em relação ao ordenamento jurídico. Nestes termos, todo fato típico é presumidamente ilícito, havendo que se averiguar, todavia, a existência de alguma causa justificante que não torne a conduta antijurídica.

Note-se que ambos os elementos anteriores dizem respeito ao fato praticado. A culpabilidade, ao contrário, é atrelada à reprovabilidade do próprio agente (juízo subjetivo) que cometeu o injusto penal, isto é, uma conduta típica e ilícita/antijurídica. Os elementos da culpabilidade são: *(i)* a imputabilidade; *(ii)* a potencial consciência de ilicitude; e *(iii)* a exigibilidade de conduta diversa.

No presente caso, nos interessa o último elemento, em que a conduta praticada por alguém só será considerada reprovável e, portanto, passível de punição, se no cometimento do delito o agente poderia ter agido conforme o Direito, mas assim não o fez. De forma inversa, aquele que em determinada situação, de maneira justificável, não pôde agir em tal conformidade, não terá sua conduta classificada como culpável porque não lhe seria exigível atuar de outra forma.

Nesse sentido, retoma-se a hipótese aventada: é possível falar que um empresário que deixa de recolher ICMS, após a atual situação de pandemia, com a economia enfraquecida e com baixíssimo faturamento, poderia agir de outra maneira que não essa para sustentar o seu negócio após a crise que nos assola?

A partir da análise do caso concreto, em não restando outra opção, estaríamos diante de uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, que excluiria a culpabilidade, e, portanto, o próprio delito de apropriação indébita tributária. Em outras palavras: seria inexigível do empresário uma conduta diversa que não fosse sua abstenção no recolhimento do ICMS.

Complementarmente, não se pode negar a fundamental função social que a atividade empresária exerce em nossa sociedade. Em especial no contexto de pandemia em que estamos inseridos, sustenta-se que terá tal atividade um papel imprescindível na reestruturação do quadro econômico nacional após a crise do Coronavírus, notadamente na geração de riquezas e manutenção de empregos.

Convém rememorarmos que a Constituição Federal preceitua que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, seguindo ditames como o da busca do pleno emprego.

Em outros termos, nos parece absolutamente desarrazoado responsabilizar penalmente um empresário por ter deixado de recolher tributos quando, além de ver-se sem opção para manutenção de sua atividade, o fez para que pudesse manter seus empregados e o funcionamento de seu negócio.

A relevância deste contexto certamente não poderá ser deixada de lado por nossos Tribunais, sobretudo quando consideramos que a atuação do Direito Penal deve se dar apenas quando todos os outros ramos do Direito não se mostram capazes de lidar com o conflito posto.

Em um cenário em que o Governo deverá auxiliar tanto quanto possível a manutenção das atividades empresariais - assim como farão governantes em todo o mundo -, falarmos em punição penal do empresário por deixar de recolher tributos quando demonstrarem-se legítimas suas justificativas diante da conjuntura, soa, no mínimo, despropositado.

***Felipe Pessoa Fontana**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-Graduado em Direito Penal (Teoria do Delito) pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Bacharel em Direito pela mesma instituição.

in

***Gabriel Domingues**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

in

***Carla Ripoli Bedone**, advogada criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduanda em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e graduada pela mesma instituição.

in

POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Autores: Alexandre Imbriani, Gabriel Domingues e Lucie Antabi**

Diante dessa nova era que a humanidade está vivenciando, por conta da moléstia da Covid-19, o Ministério da Saúde recomenda algumas medidas para evitar a proliferação do vírus, sendo elas: evitar aglomerações, isolamento, lavar bem as mãos, utilizar máscaras e luvas, isto porque a transmissão do vírus se dá de forma veloz tanto pela contaminação interpessoal por contato ou vias respiratórias.

No entanto, nos deparamos com um questionamento emblemático: como enfrentar a proliferação do vírus do “outro lado do muro”, isto é: quais são os efeitos decorrentes da Covid-19 dentro das penitenciárias?

Inicialmente é relevante pontuar as razões pelas quais uma pessoa pode se encontrar custodiada em um estabelecimento prisional. O cárcere, deste modo, poderá decorrer da prisão, enquanto medida cautelar, como também do cumprimento de uma pena.

A prisão cautelar será determinada no transcurso de uma investigação policial ou no decorrer de um processo criminal, ou seja, antes da ocorrência de uma sentença penal condenatória definitiva. Neste caso, a prisão apenas poderá ser decretada quando fundamental para garantir a eficácia da investigação ou do processo, sendo possível a custódia em razão da decretação da prisão preventiva ou temporária. A temporária terá prazo determinado e apenas será aplicável na fase investigativa. A preventiva, por sua vez, não possui prazo determinado e poderá ser decretada tanto na fase investigativa quanto na processual.

Já a prisão enquanto cumprimento de pena, poderá ocorrer somente após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, ou seja, quando não subsistir mais a possibilidade de recurso. Apenas neste caso poderá considerar uma pessoa culpada pela prática de um determinado crime.

A reforma penal brasileira ocorrida em 1984 estruturou, sob a ótica da ressocialização, um sistema progressivo para cumprimento da pena. Ao prolatar a sentença o juiz deverá definir o regime prisional ao condenado (fechado, semiaberto ou aberto). Em um segundo momento, no decorrer do cumprimento da pena, o custodiado progredirá para regimes menos severos ou terá a liberdade antecipada por meio da liberdade provisória.

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. Para melhor avaliar a questão, voltemos para o ano de 2019. De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho do ano passado¹, ao todo 752.277 pessoas encontram-se presas, ultrapassando em 264.527 o número total de vagas. Desse montante, 347.661 cumprem pena em regime fechado. Em regime semiaberto totalizam 125.686 presos, enquanto em regime aberto há 26.874 pessoas. Chama atenção o número de pessoas que está encarcerada em razão de prisão cautelar: 248.929 presos.

¹https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3ZTdmMDEtMTQxZS00YmExLWJhNWYtMDA5ZTIiNDQ5NjhlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&fbclid=IwAR0NVZMorASGgPtmdQbNBqQZLW1fY-cnFWn77nqTAdiPTBf_9851RUjz9qU

Ainda segundo dados do ano passado, 9.736 presos possuem mais de 60 anos, ou seja, integram o grupo de risco da Covid-19. Em 2018, mais de 10.000 presos foram diagnosticados com tuberculose, doença esta que igualmente à Covid-19 é transmitida na maioria das vezes por gotículas de saliva expelidas pela tosse, fala ou espirro. Em 2018, para cada 10 casos confirmados 1 ocorreu em penitenciárias, representando a proliferação 35 vezes maior dentro dos presídios do que fora.²

No entanto, os estabelecimentos prisionais não possuem condições dignas para tratar da saúde dos custodiados, tampouco para evitar a proliferação de moléstias altamente contagiosas, como a tuberculose e a Covid-19.

Apurou-se que a cada 10 estabelecimentos prisionais, apenas 4 contam com consultórios médicos, sendo que 48% dos presídios não possuem farmácias ou sala de estoque de medicamentos e 81% não possuem sala de lavagem ou descontaminação.

As condições dos presídios, portanto, são tenebrosas. Há superlotação, faltam condições mínimas de higiene e o atendimento à saúde é precário. Não por acaso o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

Vale lembrar, aqui, que os presídios não estão envoltos em “cápsulas”, de modo que eventual transmissão interna do vírus poderia facilmente se alastrar entre funcionários que trabalham nas unidades prisionais, que continuam transitando entre o seu trabalho e suas casas todos dias. Isso significa que os agentes carcerários podem tanto levar o vírus para dentro dos presídios quanto propagarem o vírus para fora dos presídios, aos seus familiares e pessoas de seus convívios.

Segundo matéria jornalística veiculada no UOL no dia 04.04.2020, estima-se que pelo menos 10.000 presos precisarão eventualmente ser internados em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) para tratamento de complicações pela moléstia, caso o cenário observado na Europa e na Ásia se repita no Brasil³. Caso esse número seja atingido, o Sistema de Saúde não poderá tratar todos os infectados, tantos os presos quanto as pessoas que se encontram em liberdade.

Conhecedor desta problemática e diante da pandemia que enfrentamos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 17.03.20, a Recomendação nº 62/2020.

Nesta recomendação, mais especificamente em seu artigo 4º, recomendou aos juízes criminais de todo o país que, seguindo os termos do artigo 316 do Código de Processo Penal, reavaliassem as prisões preventivas já decretadas.

Tal orientação vai de encontro à prática comum da justiça criminal, que é a de decretar as prisões preventivas como regra, ainda que, de acordo com a verdadeira regra (conhecida como Código de Processo Penal), sejam tratadas como exceções, justamente em atendimento ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Em relação aos presos que estão cumprindo pena, recomendou-se que os magistrados permitam a concessão de saída antecipada dos regimes fechados e semiabertos, preferencialmente às mulheres gestantes e lactantes, mães ou pessoas responsáveis por crianças de até 12 anos, aos idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais presos que se encontrem em grupo de risco.

²https://apublica.org/2020/03/em-alerta-por-coronavirus-prisoas-ja-enfrentam-epidemia-de-tuberculose/?fbclid=IwAR0nqms0w282geszrVPMLfjqDFI2MB6vQ_GRhGYPc5Q6lob-BeJywEMxxc

³<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/04/04/coronavirus-presos-infectados-subnotificacao-sistema-prisional-do-brasil.htm>

A recomendação também abarca às pessoas presas em estabelecimentos prisionais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde ou que as instalações favoreçam a propagação do vírus.

Além do mais, recomendou-se a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em regime aberto ou semiaberto, mediante as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juiz responsável pela execução da pena.

Ao preso com diagnóstico suspeito ou confirmado da Covid-19, deverá ser avaliada a possibilidade de transferi-lo à prisão domiciliar, caso inexista espaço adequado para isolamento dentro da penitenciária.

Diante do atual cenário e a partir da recomendação do CNJ, cabe-nos observar como os magistrados estão enfrentando a temática. Para isso, separamos alguns julgados, relacionados a pedidos de revogação de prisão preventiva e de progressão de regime, que foram proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça paulista.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Rogério Schietti Cruz deferiu o pedido liminar afeito ao *Habeas Corpus* nº 567.457 -DF, determinando que o paciente aguardasse em liberdade até o julgamento do mérito do *Writ*. No caso, o paciente é réu em ação penal que lhe imputa a prática do crime de roubo, realizado em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo.

O Ministro Sebastião Reis Júnior igualmente deferiu o pedido liminar relacionado ao *Habeas Corpus* nº 567006 - SP, entendendo-se pela aplicação imediata da recomendação do CNJ. No entanto, neste caso, o Ministro determinou a substituição da prisão preventiva, determinada ao paciente que é réu em ação penal que apura a prática de tráfico de drogas, pela prisão domiciliar.

Já o Ministro Antonio Saldanha Palheiro indeferiu liminarmente o *Habeas Corpus* nº 569.650 que visava a revogação da prisão preventiva determinada ao paciente que figura como réu em ação penal que lhe imputa a prática do crime de tráfico de drogas. Na ocasião, entendeu que não teria comprovação de enfermidade do paciente, tendo citado que a Resolução do CNJ apenas para apontar que foram adotadas medidas preventivas contra propagação do vírus.

Baseando-se nas recomendações do CNJ atinentes aos presos que se encontram custodiados cumprindo pena, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca concedeu a medida liminar ao *Habeas Corpus* nº 569.362, para determinar o retorno do paciente ao regime aberto, com cumprimento de prisão domiciliar.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vislumbrou-se que a 16ª Câmara, por meio de julgamento virtual, concedeu a ordem ao *Habeas Corpus* nº 2011096-80.2020.8.26.0000 para substituir a prisão preventiva imposta ao paciente por medidas cautelares diversas da prisão. O paciente, neste caso, figura como réu em uma ação penal que apura a prática do crime de tráfico de drogas e receptação. Em tal julgado, entendeu-se que os requisitos autorizadores da prisão preventiva estavam presentes. No entanto, asseverou-se que a atual situação pandêmica autorizaria a substituição da prisão por outras medidas cautelares diversas ao cárcere.

Por outro lado, em sede do *Habeas Corpus* nº 2055643-11.2020.8.26.0000 foi indeferido liminarmente, a partir de decisão monocrática proferida pelo Desembargador Relator do

feito e integrante da 10ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Justificou-se a manutenção no cárcere a partir das considerações da magistrada do feito, que salientou as condições pessoais do paciente e pelo fato de inexistir casos confirmados da Covid-19 no estabelecimento prisional em que o paciente permanece custodiado.

No que tange à progressão de regime, verifica-se na grande maioria dos casos que foram objeto do presente estudo, tem-se visto que o Tribunal de Justiça paulista não tem se debruçado na matéria por meio *Habeas Corpus*, pois em diversos julgados tem asseverado que a análise deveria ser feita inicialmente pelo Juízo responsável pela execução.

Em outros casos, em que tivesse sido negado o pedido de progressão pela primeira instância, entendeu-se pela impossibilidade de analisar a matéria por meio de *Habeas Corpus*, sob a justificativa de que a decisão deveria ser combatida por meio de recurso próprio, no caso agravo em execução.

Por fim, a presente análise foi feita com base em algumas das decisões já proferidas em sede de análise de *Habeas Corpus*. Conforme apurou-se, as recomendações do CNJ estão sendo analisadas de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Em poucas semanas veremos qual foi o caminho majoritariamente adotado e quais serão suas consequências. O apelo, contudo, é que as medidas sejam tomadas com a inteligência e sensibilidade que merecem.

***Alexandre Imbriani**, advogado criminalista, atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados, pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e graduado pela FAAP/SP.

in

***Gabriel Domingues**, advogado criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

in

***Lucie Antabi**, advogada criminalista, atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados, Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e graduada pela FAAP/SP.

in

A PESSOA QUE SIMULA POSSUIR SINTOMAS DE CORONAVÍRUS PRÁTICA ALGUMA INFRAÇÃO PENAL?

*Autora: Carla Ripoli Bedone**

Desde o início da pandemia da Covid-19, foram noticiados casos de pessoas que simulam ter sintomas da doença, sobretudo para ter atendimento prioritário em hospitais. Nesse sentido, questiona-se: a pessoa que pratica tal conduta incorre em alguma infração penal?

Primeiramente, pontue-se que infração penal não é sinônimo de crime. O gênero “infração penal” abarca 2 (duas) espécies, *(i)* o crime, propriamente dito; e *(ii)* a contravenção penal.

Conforme preceitua o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão (que pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto) ou de detenção (a ser cumprida em regime semiaberto, ou aberto), quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Já a contravenção é a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Nos termos do artigo 6º, *caput* da Lei nº 3.688/41, “a pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.”

Em outros termos, a prisão simples, disposta como pena das contravenções penais, jamais poderá acarretar o cumprimento em regime fechado. Isso porque as contravenções penais são consideradas infrações penais de menor lesividade, e, portanto, sua punição não é tão rigorosa quanto a dos crimes, tidos como transgressões mais graves.

Pois bem.

A título reflexivo, a infração que, abstratamente, poderia se amoldar à conduta em questão seria a contravenção penal prevista no artigo 41 da Lei nº 3.688/41: “*Provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.*”

Contudo, antes de se afirmar peremptoriamente que a pessoa que simula sintomas do Coronavírus incorre na infração penal indicada, é necessário se ater a alguns pontos. Em uma primeira análise, deve-se esclarecer o conceito de “*alarma*” contido no artigo. Por meio de uma leitura sistemática do Capítulo IV da Lei de Contravenções Penais (“*Contravenções referentes à paz pública*”), tem-se que tal figura está associada ao ato capaz de produzir pânico ou tumulto perturbador da paz pública. É um indicativo que temos, inclusive, do próprio artigo: “*ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto*”.

Os elementos normativos do tipo “*tumulto*” e “*pânico*” estão – principalmente o primeiro – por natureza, associados a um número indeterminado de pessoas, em que a

provocação do alarma por meio do perigo inexistente seja um ato capaz de atingir a paz pública de maneira determinante. Seguem algumas definições do dicionário:

Tumulto: *“Confusão ou perturbação da ordem, geralmente envolvendo várias pessoas”*⁴ ou *“Grande movimento de pessoas acompanhado de ruído de vozes e de gritos.”*⁵

Dessa forma, o primeiro questionamento a ser feito é: a pessoa que simula ter sintomas de Coronavírus, mesmo sabendo não estar infectada pela doença, pratica um ato capaz de atingir um contingente mínimo de pessoas para incorrer nesta infração?

A preocupação e o receio ocasionados tanto para a população, temerosa da alta disseminação do vírus, quanto para as autoridades públicas, que imaginam estar diante de mais um caso da Covid-19, se consistiria na figura do alarma disposto no tipo penal?

A figura da *“inexistência”* do perigo é mais fácil de ser visualizada, pois a simulação dos sintomas da Covid-19, por uma pessoa que sabe não estar com a doença, trata-se de algo que, de fato, inexistente. Mas poderia se falar que tal situação se encaixaria no conceito de *“perigo”* que o legislador lançou na norma?

Se considerarmos a atual situação de pandemia como um perigo já posto, não há que se falar na criação de perigo pelo agente, pois ele já existe. Contudo, justamente por estarmos em uma situação de pandemia, poderia a simulação dos sintomas da doença propiciadora de todo esse cenário se constituir como um perigo para a população, já assustada com sua alta disseminação?

Como pode-se observar, o tema denota mais perguntas do que respostas. O presente artigo intenta aventar essas questões, pois, nesses casos, é necessário ter em mente que não há soluções prontas, devendo se ter cautela quando da análise da questão, ainda mais em se tratando do universo do Direito Penal, que envolve questões extremamente complexas de serem enfrentadas.

De todo modo, é dever civil de todos os cidadãos ter cuidado quando da propagação de alguma informação acerca da doença, pois qualquer dado incorreto ou inverídico pode dispersar as autoridades sanitárias, que vêm se esforçando para combater a pandemia.

***Carla Ripoli Bedone**, advogada criminalista atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Pós-graduanda em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e graduada pela mesma instituição.

in

⁴ **“tumulto”**, in Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tumulto/> [consultado em 10-04-2020].

⁵ **“tumulto”**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/tumulto> [consultado em 10-04-2020].

NEWS: MEDIDAS ADOTADAS NO BRASIL E CENÁRIO MUNDIAL – COVID-19

Autoras: Lucie Antabi, Gabriela Pachá Vitiello* e Bruna de Carvalho Fonseca Dias**

A crise causada pela COVID-19 permanece gerando impactos e exigindo que providências sejam adotadas pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Sendo assim, o objetivo deste artigo é atualizar as medidas já adotadas e mencionadas nos boletins anteriores.

O número de casos no Brasil, até a parte da manhã do dia 09/04/2020, totaliza o montante de 16.238 pessoas contaminadas e 824 mortes. São Paulo permanece sendo o Estado mais atingido, com 6.708 casos confirmados e 428 mortes.⁶

Medidas adotadas pelo Poder Executivo Federal

Diariamente o Governo vem lançando medidas, em todos os setores, com o fito de combater a crise causada pelo coronavírus. As políticas adotadas no Brasil foram inseridas como “Exemplo 1” em “Melhores Práticas em Lidar com a Covid-19” pelo Banco Mundial no documento intitulado “*The World Bank Trade and Covid-19 Guidance Note: Managing Risk and Facilitating Trade in the Covid-19 Pandemic*”, destaca-se na publicação as práticas de redução tarifária, facilitação do comércio e agilização alfandegária⁷.

Nesse sentido, nesta quarta-feira (08/04/2020) foi anunciado pelo Ministério da Economia que 177 produtos e insumos que devem auxiliar no combate ao vírus tiveram o Imposto de Importação zerados. Dentre a lista de itens encontram-se medicamentos, desinfetantes hospitalares e ventiladores pulmonares.

No tocante ao auxílio aos trabalhadores, foi publicada a Medida Provisória nº 946, autorizando saques de até um salário mínimo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) dentre o período de 15 de junho a 31 de dezembro de 2020. Ainda, a MP extinguiu o Fundo PIS-Pasep, transferindo seu patrimônio para o FGTS.⁸

Além disso, outra medida provisória (nº 950) foi editada para isentar consumidores de baixa renda do pagamento das contas de luz entre o período de 01/04/20 a 30/06/20. A Agência Nacional de Energia Elétrica, em março, havia proibido a interrupção no fornecimento de energia por falta de pagamento.⁹

No setor da agricultura, foi anunciado um pacote de R\$500 milhões para apoiar compras de produtos da agricultura familiar durante a pandemia. Além disso, foi publicada lei autorizando a distribuição de alimentos da merenda escolar para as famílias dos alunos

⁶ <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/08/casos-de-coronavirus-no-brasil-em-8-de-abril.ghtml>

⁷ <https://conexaopolitica.com.br/politica/saiba-as-medidas-que-ja-foram-adotadas-pelo-governo-federal-no-combate-ao-coronavirus/>

⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/ao-vivo-governo-detalha-medidas-de-combate-ao-coronavirus>

⁹ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/04/08/governo-edita-mp-para-isentar-consumidores-de-baixa-renda-do-pagamento-da-conta-de-luz.ghtml>

durante o período de suspensão das aulas, o que poder mantém a cadeia produtiva dos pequenos agricultores.¹⁰

Por meio de portaria, o Ministério de Educação autorizou, em caráter excepcional, a formatura antecipada de estudantes dos cursos de Medicina, Enfermagem, Farmácia e Fisioterapia.

Ainda, é importante ressaltar que em diversos municípios ao redor do país, como é o caso de Praia Grande/SP, o uso de máscaras em determinados locais se tornou obrigatório. Lembrando que pelas orientações do Ministério da Saúde, as máscaras poderão ser caseiras, desde que cubram totalmente a boca e nariz.¹¹

Medidas adotadas pelo Poder Executivo paulista e carioca

O Governador do Estado de São Paulo, João Doria, prorrogou a quarentena no estado até o dia 22 de abril e reforçou que a Polícia Militar irá contribuir para manutenção do isolamento social.¹²

A projeção de casos do novo coronavírus no estado é de 220 mil casos, diante disso, o Governo vem preparando pedido de empréstimo de U\$100 milhões para ações no combate à doença. O projeto de João Doria visa, principalmente, a instalação de pelo menos 500 novos leitos de UTI.¹³

Na área da saúde, foi anunciada a construção de unidade de campanha no Complexo do Ibirapuera, o espaço terá capacidade para 240 leitos de baixa complexidade, 28 leitos de estabilização, sala de descompressão, consultórios e tomografia, a previsão de entrega é até o final de abril.

Nesta semana, houve o lançamento da plataforma “Centro de Mídias da Educação de SP”, que irá permitir o acesso gratuito de conteúdos pedagógicos aos alunos da rede estadual. Ainda, o Governo fechou parceria com a TV Cultura para transmissão de aulas por meio do canal.

O Governador também anunciou nesta semana a criação do programa “Alimento Solidário”, que dará apoio à população de baixa renda, visando a entrega de 1 milhão de cestas de alimento em todos os municípios do estado.

Atuação do Poder Legislativo

O Poder Legislativo também não está inerte diante da pandemia. Neste contexto, Deputados Federais apresentaram no dia 23.03.2020 o Projeto de Lei nº 100864/20, o qual

altera a Lei 6.360/1973 para “[...] que aconteça a liberação imediata do uso de materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área da saúde para auxiliar no combate à pandemia do Covid-19”.

¹⁰ <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/04/08/ministra-da-agricultura-anuncia-r-500-milhoes-para-apoiar-compras-de-pequenos-produtores-durante-o-coronavirus.ghtml>

¹¹

http://www.praiagrande.sp.gov.br/Administracao/leisdecretos_view.asp?codLeis=6529&Acao=busca

¹² <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/saiba-quais-as-medidas-do-governo-de-sp-para-o-combate-ao-coronavirus-2/>

¹³ <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/04/05/sp-projeta-220-mil-casos-de-coronavirus-e-pede-mais-de-r-500-mi-ao-banco-mundial.htm>

A autorização para distribuição de materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área da saúde em âmbito nacional compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sendo que comumente tal aprovação não ocorre com celeridade.

Assim, fora observado que a gravidade da situação requer urgência, razão pela qual o Projeto de Lei impõe à ANVISA conceder a competente autorização no prazo de 48h, na hipótese de já houver validação ou aprovação por uma agência internacional “*FDA – Food and Drug Administration e EMA – European Medicine Agency*”, *PMDA – Pharmaceuticals and Medical Devices Agency e NMPA – National Medical Products Administration*”.

Ademais, a proposta inclui que o médico é obrigado a informar ao paciente sobre o uso do medicamento, devendo ainda informar que o produto ainda teve aprovação ordinária pela ANVISA e foi liberado por ter sido registrado por autoridade sanitária estrangeira. No dia 01.04.2020 a Câmara dos Deputados aprovou o aludido Projeto de Lei, com alterações, dentre elas estendendo o prazo de 48h, para autorização pela ANVISA, para 72h. O Projeto foi encaminhado ao Senado e, caso aprovado, terá validade enquanto durar a emergência em saúde provocada pela pandemia. Sendo que só é válida nos casos de importação ao Brasil e não exportação.

Medidas adotadas ao redor do mundo

Os números atuais, contabilizados até a parte da manhã do dia 09/04/20, dão conta de 1.536.094 pessoas infectadas e 89.877 mortes, em decorrência da doença. O número de pessoas recuperadas é de 340.076¹⁴.

Assim, os países continuam na luta ao combate da COVID-19.

Os Estados Unidos é o país considerado como o novo epicentro da doença, contando com cerca de 13 mil mortes, sendo 4 mil somente em Nova York, local mais afetado pelo novo vírus¹⁵.

Em seu pronunciamento no último sábado (05/04), o Presidente Donald Trump invocou a legislação da Guerra Fria para aumentar a produção de máscaras e materiais hospitalares. Essa lei possibilita que o governo peça às empresas privadas que produzam os equipamentos que estão faltando no país. Em seu discurso diz que “se as empresas não derem o que precisamos para o nosso povo, nós seremos muito duros”.

No mesmo pronunciamento ele alertou a população para continuarem mantendo a medida de isolamento, e diz que se tais medidas forem amenizadas nas próximas semanas, o número de mortes pode ser muito maior do que o previsto.¹⁶

Na sexta-feira (04/04), 600 respiradores artificiais que seriam enviados ao Brasil ficaram retidos no aeroporto de Miami. O fornecedor, que era da China, cancelou a venda de forma unilateral, sem prestar esclarecimentos ao governo brasileiro. A carga havia sido solicitada pelos Estados do Nordeste.

¹⁴ <https://www.worldometers.info/coronavirus/>

¹⁵ <https://exame.abril.com.br/mundo/estados-unidos-passam-dos-400-mil-casos-de-coronavirus/>

¹⁶ <https://jovempan.com.br/noticias/mundo/eua-mascaras-coronavirus.html>

Na China, os índices acionários recuaram¹⁷, após novos casos de Coronavírus dobrarem, fazendo com que as bolsas fechassem em baixa. Na véspera, os índices haviam fechado com alta, diante de medidas de estímulos do governo. O governo chinês explica o aumento de casos decorrente do alto número de viajantes do exterior que estão infectados e com o crescente número de pessoas contaminadas assintomáticas.

Nas regiões da Lombardia, na Toscana e em Trentino-Alto Ádige serão distribuídas máscaras para a população, pois seu uso passou a ser obrigatório.

O governo Italiano decidiu fechar os portos a navios de imigrantes operados por instituições de caridade, depois que um navio operado pelo grupo não governamental alemão recolheu cerca de 150 pessoas no litoral da Líbia e seguiu rumo à Itália. Tal medida deve vigorar até 31 de julho¹⁸.

Quanto a economia na Itália, a previsão é de que o país irá passar pela pior recessão de sua história moderna. Por conta disso, o Tesouro vai dar garantias aos bancos, para que eles possam dar empréstimos imediatos às empresas. Todas as empresas consideradas não essenciais estão fechadas.¹⁹

***Lucie Antabi**, advogada criminalista, atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados, Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e graduada pela FAAP/SP.

in

* **Gabriela Pachá Vitiello**, estagiária de direito atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Graduanda pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

in

* **Bruna de Carvalho Fonseca Dias**, estagiária de direito atuante no escritório Fernando José da Costa Advogados. Graduanda pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹⁷ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/04/08/bolsas-da-china-fecham-em-baixa-apos-novos-casos-de-coronavirus-dobrem.ghml>

¹⁸ <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/08/italia-fecha-portos-a-navios-de-imigrantes-devido-ao-novo-coronavirus.ghml>

¹⁹<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/04/07/coronavirus-na-europa-franca-aumenta-restricoes-e-numero-de-mortes-volta-a-subir-na-espanha.ghml>