

---

**HARMONIZAÇÃO ENTRE A NORMA PENAL EM BRANCO E A  
TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: REFLEXÕES A PARTIR DO  
ARTIGO 268 DO CÓDIGO PENAL**

***HARMONIZATION BETWEEN BLANK CRIMINAL RULE AND THE  
THEORY OF OBJECTIVE IMPUTATION: REFLECTIONS ON ARTICLE  
268 OF THE CRIMINAL CODE***

**FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI**

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR, com pesquisa pós-doutoral junto à Università degli Studi di Milano. Professor de Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Escola da Magistratura Estadual do Paraná e Escola da Magistratura Federal do Paraná. Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná.

**IRENE MARIA PORTELA**

Professora e Diretora do Mestrado em Solicitação dos Contratos e Empresarial do IPCA – Portugal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3570-2200>.

**ANDRÉ EDUARDO DEZTEL**

Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

**RESUMO**

**Objetivo:** o presente artigo tem a finalidade de analisar a harmonização entre a norma penal em branco e a teoria da imputação objetiva do funcionalismo Roxiniano em meio à pandemia do Corona vírus 19, abordando-se os critérios de imputação objetiva,



---

mediante a ênfase na criação de um risco não permitido, a realização do risco no resultado e o resultado incluído no alcance do tipo.

**Metodologia:** a investigação empreendida utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas sobre o tema; quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos sobre a norma penal em branco para a aplicação prática, dirigidos à solução de questões específicas; quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa descritiva; e conforme o procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos de autores nacionais estrangeiros, e documental, devido à revisão de textos legislativos visando extrair o devido aprofundamento da compreensão da norma penal em branco e sua forma de aplicação.

**Resultados:** pode-se invocar duas teses para justificar a harmonia entre a norma penal em branco e a imputação objetiva. Primeiramente, por meio da ideia de que a norma complementadora é uma parte essencial do tipo, sendo um verdadeiro elemento do tipo objetivo; a norma complementadora não só pode, como também deve ser utilizada para a realização do juízo de imputação objetiva. Em segundo lugar, na normas penais incriminadoras completas é comum analisar a ultrapassagem dos limites do risco permitido, a realização do risco no resultado e o resultado incluído no alcance do tipo por meio da análise de normas extrapenais legais e infralegais, tais como: o princípio da confiança, a noção de homem prudente e as normas técnicas de segurança.

**Contribuições:** A pesquisa aprofunda-se em um tema da atualidade, ao debater a aplicabilidade da norma penal em branco ante as infrações cometidas neste ambiente excepcional, esclarecendo que, em razão de sua dupla utilidade político-criminal, é um instrumento efetivo para a proteção da saúde pública no cenário provocado pela pandemia da COVID-19.

**Palavras-Chave:** Imputação objetiva; Norma penal em branco; Medida sanitária preventiva; Covid-19.

## ABSTRACT

**Objective:** *the purpose of this article is to analyze the harmonization between the blank criminal rule and the theory of the objective imputation of the functionalism of Claus Roxin amid the pandemic of COVID-19, addressing the criteria of objective imputation, by emphasizing the creation of an unallowed risk, the realization of the risk in the result and the result included in the scope of the type.*

**Methodology:** *the research undertaken uses the deductive method, via a qualitative approach to produce in-depth information on the topic; as to the nature, it is an applied research, because it aims to generate knowledge about the blank criminal rule for the*



---

*practical application, directed to the solution of specific questions; as for the objectives, it is a descriptive research; and, according to the procedure, it is a bibliographic search, by reviewing national and foreign books and journals, and documentary, due to the revision of legislative texts aiming to extract the due deepening of the understanding of the blank criminal norm and its form of application.*

**Results:** *two theses can be invoked to justify the harmony between the blank criminal rule and the objective imputation. First, through the idea that the complementary norm is an essential part of the type, being a true element of the objective type; the complementary norm can not only be used, but must also be used to carry out the objective imputation judgment. Second, in the full criminal incriminating rules it is common to analyze the exceeding of the limits of the permitted risk, the realization of the risk in the result and the result included in the scope of the type through the analysis of extra-criminal laws and infra-legal rules, such as: the principle of trust, the notion of prudent man and technical safety standards.*

**Contributions:** *The research delves into a current topic, when discussing the applicability of the blank criminal rule in view of infractions committed in this exceptional environment, clarifying that, due to its dual political-criminal utility, it is an effective instrument for the protection of public health in the scenario caused by the pandemic of COVID-19.*

**Keywords:** *Objective imputation; Blank criminal law; Preventive health measure; Covid-19.*

## 1 INTRODUÇÃO

Em primeiro momento, relembra-se que a incolumidade pública faz parte dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, cujos crimes estão previstos no seu Título VIII. Dentre os diversos delitos previstos no referido Título, com o advento da pandemia provocada pela COVID-19, ganhou especial destaque o crime contra a saúde pública de infração de medida sanitária preventiva, capitulado no artigo 268, do Código Penal.

Verifica-se que no cenário de pandemia, os entes federativos foram obrigados a adotar todos os expedientes disponíveis para tentar conter o avanço da COVID-19. Tornaram-se comuns a decretação de toque de recolher, as restrições ao funcionamento de atividades econômicas, as aplicações de multas, as interdições de



---

estabelecimentos, as suspensões de alvarás e até mesmo as detenções pela prática do delito de infração de medida sanitária preventiva.

O foco do presente artigo está neste último aspecto, isto é, no crime do artigo 268, do Código Penal, notadamente porque tal delito se trata de uma norma penal em branco.

O presente estudo é relevante, pois como as normas penais em brancos apresentam o preceito primário incompleto, emerge-se a possibilidade de suscitar a ausência de harmonia entre as normas penais em branco e a teoria da imputação objetiva.

Em razão deste fato, a existência do branco na norma primária deixaria o tipo objetivo incompleto e impediria a realização da análise para a aferição da presença dos critérios de imputação objetiva (geração de um risco não permitido, realização do risco no resultado e resultado incluído no alcance do tipo). Neste aspecto, abrem-se os necessários parênteses para esclarecer que não se desconhece a teoria de imputação objetiva de Jakobs; entretanto, para este estudo, será adotado como marco teórico a teoria da imputação objetiva de Claus Roxin.

Após a explanação do parágrafo anterior, convém destacar que a eventual desarmonia entre as normas penais em branco e a imputação objetiva poderia trazer grandes prejuízos para a tutela da saúde pública no cenário da pandemia da COVID-19, na medida em que o delito de infração de medida sanitária preventiva é um dos mecanismos adotados pelas autoridades competentes para tentar conter o avanço da pandemia.

Diante da existência de um debate tão relevante, deve-se analisar por meio de pesquisa bibliográfica como a doutrina aborda os temas da imputação objetiva, da norma penal em branco e da tutela da saúde pública.

Por fim, ressalta-se que tal análise é essencial para responder o questionamento central do presente artigo, qual seja: em que medida a norma penal em branco está ou não em harmonia com a imputação objetiva, a partir do ponto de vista do crime de infração de medida sanitária preventiva?

A investigação empreendida utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas sobre o tema; quanto



---

à natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos sobre a norma penal em branco para a aplicação prática, dirigidos à solução de questões específicas; quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa descritiva; e conforme o procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos de autores nacionais estrangeiros, e documental, devido à revisão de textos legislativos visando extrair o devido aprofundamento da compreensão da norma penal em branco e sua forma de aplicação.

## 2 IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Tendo como referência a teoria do delito proposta pelos modelos causalista e finalista, verifica-se que a imputação objetiva - elemento próprio dos modelos funcionalistas - promoveu intensas mudanças, notadamente na categoria dogmática da tipicidade. É importante lembrar que o modelo causalista, elaborado por Von Liszt e Beling, tem o positivismo naturalista como fundamento filosófico e está pautado em conceitos ontológicos próprios das ciências da natureza, como por exemplo a física (BUSATO, 2018, p. 205).

Por conta desses pressupostos, o tipo não compreendia qualquer elemento subjetivo; os elementos psicológicos integravam a culpabilidade, e o tipo era “entendido basicamente como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e onde representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado” (TAVARES, 1980, p. 21).

Percebe-se que, partir de um conceito estritamente mecânico de ação, baseado na lei da física da causa e efeito, o tipo no modelo causal seguiu o mesmo *iter*, observando-se que os aspectos axiológicos são totalmente irrelevantes.

Por sua vez, o modelo finalista, cujo principal expoente foi Welzel, “surge como crítica ao modelo causal e define a ação como realização de atividade final” (SANTOS, 2007, p. 85). Deste modo, verifica-se que, no finalismo, a ideia fundante do sistema analítico de crime é a conduta humana como um fazer final.



---

Assim como no modelo causalista, no finalismo também se acreditava que a ação como conceito ontológico era a base para a elaboração do sistema de imputação (BUSATO, 2018, p. 214). Enquanto no causalismo a conduta não passava de um simples movimento voluntário (BUSATO, 2018, p. 214), ou uma “inervação muscular produzida por energias de um impulso cerebral, que, comandadas pelas leis da natureza, provocam uma transformação no mundo exterior” (BITENCOURT, 2009, p. 217), no finalismo a referência a uma “conduta já dotada previamente de uma vontade dolosa ou imprudente” (BUSATO, 2018, p. 214). Nesta linha de raciocínio, a principal mudança operada pelo finalismo foi o deslocamento dos elementos subjetivos do delito da culpabilidade para o tipo.

A culpabilidade tornou-se puramente normativa, concentrando apenas as questões da reprovabilidade (BITENCOURT, 2009, p. 219), ao passo que o tipo passou a ser dividido em objetivo e subjetivo.

O plano subjetivo da ação humana contempla a escolha de um fim (dolo direto de primeiro grau) e a escolha de um meio para atingir um fim (dolo direto de segundo grau), esclarecendo-se que o plano objetivo da ação representa a sua exteriorização no mundo real (SANTOS, 2007, p. 85).

Claus Roxin reconhece que a teoria finalista da ação trouxe um intenso progresso que, entretanto, limitou-se ao tipo subjetivo. Segundo o jurista alemão, o modelo finalista continuou adstrito à relação de causalidade, nos moldes da teoria da equivalência, característica da teoria causal da ação (2002a, p. 1), no que se refere ao tipo objetivo.

A crítica de Roxin aos modelos que fundamentavam o tipo objetivo na causalidade é exemplificada em duas formas. Na primeira situação hipotética, o sujeito “A” deseja a morte do sujeito “B”. Ciente de que muitos turistas têm sido mortos na Flórida e almejando que “B” tenha esse mesmo destino, “A” recomenda que “B” viaje para lá. “B” desconhece os casos de homicídio na Flórida, viaja para lá e torna-se vítima de um homicídio. Roxin questiona se “A” deve ser punido pelo homicídio doloso. Caso o tipo objetivo seja reduzido ao nexos causal, a resposta é afirmativa, na medida em que “A”, por meio de sua recomendação, causou a morte de “B”, e desejava tal resultado (ROXIN, 2002a, p. 1). Na segunda forma, Roxin também



---

trabalha com um exemplo que contempla desvios de causalidade. O jurista alemão relembra a situação de que o sujeito “A” atira no sujeito “B” com a intenção de matá-lo; porém, provoca apenas um ferimento. O sujeito “B” é encaminhado para um hospital por uma ambulância, a qual se envolve em um acidente e “B” vem a falecer em razão do acidente. Pergunta-se se “A” deve responder pelo crime de homicídio; ao adotar-se uma concepção puramente causal do tipo objetivo, a resposta é positiva, eis que “A” causou e almejou a morte de “B” (2002a, p. 2).

Em seguida, Roxin elenca o exemplo de que o sujeito “A” vende heroína para o sujeito “B”. Os dois agentes têm conhecimento de que a ingestão de certa quantidade de droga pode colocar a vida em risco, ainda assim assumem o risco. O sujeito “A” assume tal risco porque tem interesse no dinheiro, ao passo que o sujeito “B” entende que a sua vida somente é relevante se estiver sob o efeito de entorpecentes. Será que “A” deve ser punido por homicídio cometido com dolo eventual na hipótese de “B” morrer por conta da injeção do tóxico? A punição de “A” será a medida a ser adotada caso a causalidade seja o elemento suficiente para o preenchimento do tipo objetivo, eis que está presente a causalidade de “A” para a morte de “B”, assim como o respectivo dolo eventual (2002a, p. 2).

Como forma de ultrapassar os limites contidos nos mencionados exemplos, Roxin propõe a adição de um novo critério ao tipo objetivo: a imputação objetiva.

## 2.1 ELEMENTOS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva não está limitada à relação causal entre uma conduta e o seu resultado. A presença do nexa causal é apenas um primeiro passo, que é complementado por uma análise valorativa da relevância jurídica da relação entre a conduta e o resultado (GALVÃO, 2000, p. 27).

Nesta perspectiva, Fernando Galvão (2000, p. 26) esclarece que:

Na estrutura da imputação objetiva examina-se a relação de causalidade entre a conduta e o resultado, quando se tratar de crimes materiais, e a relevância jurídica da produção desse resultado, sob a ótica da realização de um risco juridicamente não autorizado.



---

A partir da teoria da imputação objetiva é fundamental que a conduta humana crie um risco juridicamente proibido que seja encontrado de forma concreta no resultado. Neste viés, importa destacar que “se o ordenamento jurídico não proíbe determinada conduta é porque esta não se constitui num risco de lesão ao bem jurídico” (CAMARGO, 2001, p. 72).

Observa-se, ainda, em que pese o funcionalismo de Jakobs não ser objeto do presente trabalho, faz-se a ressalva de que a teoria da imputação objetiva desenvolvida pelo mencionado autor aborda a questão da ausência da imputação pelo risco permitido (JAKOBS, 2009, p. 291). Por conseguinte, é possível afirmar que nos principais expoentes do funcionalismo (Roxin e Jakobs) há consenso de que algumas atividades arriscadas não estão albergadas pela norma penal, pois estão sob o manto do risco permitido (CALLEGARI, 2009, p. 75).

Ao discorrer sobre o risco como critério de imputação, Paulo César Busato (2008, p. 67) afirma que neste momento o Direito Penal pode valer-se das teses desenvolvidas no âmbito da sociologia do risco de Ulrich Beck. Apesar de o risco fazer parte da rotina e ser admitido nos mais diversos setores e níveis, alguns riscos não são tolerados pela sociedade e muitas vezes utiliza-se o Direito Penal para a proibição de riscos intoleráveis (BUSATO, 2008, p. 68).

Feitas tais ponderações, relembra-se que a proposta de imputação objetiva de Roxin contempla três critérios basilares: a) a criação de um perigo para o objeto da ação que não esteja compreendido dentro dos limites do risco permitido; b) o resultado corresponde à realização do risco criado pelo autor; e c) o resultado atingido deve estar dentro do alcance de proteção do tipo (2002b, p. 308-310).

### 2.1.1 A Criação de Um Risco Não Permitido

De acordo com o primeiro critério, o tipo objetivo não restará preenchido nas hipóteses em que não houver a criação ou o aumento do risco, de forma que não haverá “imputação para as condutas que, se realizadas dentro dos padrões exigidos pela norma, não teriam logrado evitar o resultado” (BUSATO, 2018, p. 321).





---

Quanto ao aspecto da criação de um risco não permitido, Roxin (2002b, p. 313) leciona três hipóteses em que não há imputação: a) a exclusão da imputação pela diminuição do risco; b) a ausência da criação do risco; e c) a criação de um risco permitido (2002b, p. 313-323).

Há exclusão da imputação em razão da diminuição do risco porque se trata de uma situação mais benéfica ao bem jurídico tutelado. Tal hipótese é muito bem exemplificada por Roxin com o sujeito “A” que desvia uma pedra que atingiria a cabeça do sujeito “B”, mas a pedra atinge outra parte do corpo menos perigosa (ROXIN, 2002b, p. 313).

Em seguida, pontua-se que a imputação é afastada nos casos em que não tenha ocorrido a diminuição do risco, mas também não tenha ocorrido aumento relevante do risco. O exemplo aqui é o do agente que derrama um balde d’água na represa que está ultrapassando a barragem. Não há que se falar na punição do agente pelo delito de inundação em razão de um acréscimo tão pequeno de água (ROXIN, 2002b, p. 315-316).

Finalmente, poderá ocorrer a exclusão da imputação, ainda que haja a criação de um risco juridicamente relevante, desde que tal risco seja permitido. Esta possibilidade é ilustrada pelo risco permitido, decorrente da direção com a observância das regras de trânsito. Apesar de o tráfego viário configurar um risco relevante para a vida, saúde e integridade física, este é permitido (ROXIN, 2002b, p. 325).

### 2.1.2 A Realização do Risco no Resultado

Além da criação de um risco não permitido, a teoria da imputação objetiva exige que o resultado apresente-se como a concretização do risco provocado pela ação (JUNQUEIRA;VANZOLINI, 2018 p. 275). A este respeito, Paulo César Busato (2018, p. 323) destaca com propriedade que “essa correspondência é, sem dúvidas, essencial. O próprio equilíbrio fundamental da dupla desvalorização realizada na incriminação (desvalor da ação e desvalor do resultado) assim o determina”.



---

Caso o resultado não seja uma consequência do risco criado pelo autor, ocorre a exclusão da imputação. Apesar de o resultado almejado pelo autor ter sido atingido, aquele não decorre do risco criado, mas de um curso causal imprevisível (ROXIN, 2002b, p. 327). Neste aspecto, Roxin (2002b, p. 328) utiliza o exemplo de uma vítima de tentativa de homicídio, que morre em razão de um incêndio no hospital e não em virtude da agressão.

### 2.1.3 O Resultado Incluído no Alcance do Tipo

Além da criação de um risco não permitido e da realização do risco no resultado, a imputação objetiva exige que o resultado esteja incluído no alcance do tipo.

Sobre este aspecto do tema, Roxin (2002b, p. 328) assevera que:

Cada vez mais se admite que pode deixar de ocorrer a imputação quando, no caso concreto, o alcance do tipo, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, ferir, danificar etc.) não compreender resultados da espécie do ocorrido, isto é, quando o tipo não for determinado a impedir acontecimentos de tal ordem.

Percebe-se que a exclusão de imputação ora analisada é especificamente a que pode ser aplicada ao exemplo mencionado acima do sujeito “A”, que vende heroína ao sujeito “B”, e este morre em decorrência do uso da substância entorpecente. Nesta situação, Roxin (2002a, p. 3) explica que o resultado da morte não está incluído no alcance do tipo de homicídio.

Luís Greco (2005, p. 64) complementa o raciocínio ao argumentar que “autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo autorresponsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize”.

Os fatores acima estudados são, em síntese, os elementos estruturais da teoria da imputação objetiva desenvolvida no funcionalismo de Claus Roxin.



---

### 3 A NORMA PENAL EM BRANCO

A estrutura da norma penal incriminadora é comumente dividida em duas partes: a) preceito; e a b) sanção. Ao analisar estes dois aspectos, Paulo César Busato (2018, p. 164) ensina que “no *preceito* a norma descreve a conduta que é regulada. A *sanção* refere-se à pena ou medida de segurança que se aplica ante o descumprimento do respeito à conduta proibida”.

Diante desta análise preliminar, Busato (2018, p. 165) prossegue esclarecendo que a norma penal incriminadora contempla dois comandos normativos concomitantes; isto é, uma norma primária destinada para o cidadão não praticar a conduta desaprovada e uma norma secundária remetida ao magistrado, cuja consequência jurídica é ser aplicada por conta do fato típico.

A partir da delimitação da estrutura da norma penal incriminadora torna-se possível avançar para o tema da norma penal em branco. Desde logo, pode-se afirmar que a norma penal em branco é uma “espécie do gênero normas penais incriminadoras incompletas” (GUARAGNI, 2014, p. 27).

Ao considerar-se, como visto acima, que a estrutura da norma penal incriminadora é formada por um preceito primário e outro secundário, a primeira questão a ser respondida é sobre qual dos preceitos que necessita de complemento. Esclarece-se que a incompletude da norma penal em branco é verificada no preceito primário, o qual deve ser completado por outra norma.

Neste particular, Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 50) salienta que “as leis penais em branco são tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo”.

Na mesma linha, Enrique Bacigalupo (2005, p. 139) aborda com extrema clareza que a “teoria e a jurisprudência espanholas utilizam o conceito de lei penal em branco, entendendo como tais os casos em que a proibição ou o mandamento da ação encontram-se em disposições distintas da lei que contém a ameaça penal”.



---

Por conseguinte, conclui-se que nas normas penais em branco o comando primário (preceito) é incompleto, cuja complementação é fornecida por outras normas jurídicas.

### 3.1 A NATUREZA DO COMPLEMENTO DO BRANCO E A QUESTÃO DA LEGALIDADE

Quanto à natureza do complemento do branco, a norma penal em branco pode ser de natureza homogênea ou heterogênea. Na norma penal em branco em sentido lato ou homogênea a norma complementada e a norma complementadora estão na mesma hierarquia. Nesta hipótese, ambas as normas compreendem a mesma natureza jurídica e igual origem de produção, qual seja, o Poder Legislativo Federal (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 93).

Fábio André Guaragni (2014, p. 31) elenca como exemplo de norma penal em branco homogênea o artigo 178, do Código Penal, “que incrimina a emissão de conhecimento de depósito ou *warrant* ‘em desacordo com disposição legal’, no caso, a Lei 11.076/2004”.

De outro vértice, a norma penal em branco em sentido estrito ou heterogênea compreende uma norma complementadora de hierarquia diversa, geralmente de hierarquia inferior. Em tal caso, o complemento do branco terá origem em órgão diverso e natureza distinta da norma a ser complementada (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2018, p. 93).

Pode-se elencar o artigo 33, da Lei nº. 11.343/2006, como um exemplo de norma penal em branco heterogênea, cujo conteúdo “criminaliza o tráfico de drogas ‘em desacordo com determinação legal ou regulamentar’. A Portaria 344/98-ANVISA é a norma de complementação” (GUARAGNI, 2014, p. 31).

Sob o prisma do princípio da legalidade, a norma penal em branco homogênea não traz maiores problemas, sobretudo devido a norma complementada e a norma complementadora serem frutos do exercício da competência legislativa da União (art. 22, da Constituição Federal) e está em consonância com o artigo 5º., inciso XXIX, da Lei Maior, e artigo 1º., do Código Penal.



---

Ao tratar-se ainda do ponto da legalidade, talvez um dos maiores questionamentos que sejam feitos às normas penais em branco esteja relacionado à hipótese em que a norma complementar seja oriunda de uma instância que não detenha competência em matéria penal (BACIGALUPO, 2005, p. 140). Conforme assevera Fábio André Guaragni (2014, p. 46),

A remissão à fonte normativa formal diversa da lei em sentido estrito – que implica, regra geral, remissão à fonte normativa material diversa – gera atrito com a competência constitucional exclusiva para produção de norma penal reservada ao Poder Legislativo da União.

Apesar de haverem dúvidas sobre a convergência entre a norma penal em branco heterogênea e a legalidade, é certo que a inconstitucionalidade da primeira deverá ser analisada em cada situação, observando-se os aspectos penal e extrapenal (BELEZA; COSTA PINTO, 1999, p. 45).

Um último questionamento e que constitui o tema central deste estudo é sobre a compatibilidade ou não da norma penal em branco com a teoria da imputação objetiva. Antes de enfrentar esta questão, é essencial discorrer sobre o crime de infração de medida sanitária preventiva, previsto no artigo 268, do Código Penal, sobretudo porque se trata de um delito que adota a técnica da norma penal em branco e tem sido amplamente invocado ao longo da pandemia de COVID-19.

#### **4 O CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA**

O cenário causado pela pandemia do novo Coronavírus (COVID-19) proporcionou grande destaque para o delito de infração de medida sanitária preventiva, previsto no artigo 268, do Código Penal, o qual dispõe que:

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.



---

Observa-se que o delito em comento está no capítulo do Código Penal destinado aos crimes contra a saúde pública; é um ilícito penal que pretende tutelar o bem jurídico denominado incolumidade pública, especialmente no tocante à saúde pública.

De mais a mais, verifica-se que o tipo penal em foco não exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo; ou seja, o crime de infração de medida sanitária preventiva pode ser praticado por qualquer pessoa. A ressalva apontada por Cézar Roberto Bitencourt (2020, p. 376) refere-se ao agente que pratica a conduta:

se a conduta descrita no tipo for realizada por alguma das pessoas especificadas no parágrafo único (funcionário da saúde pública, médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro), a pena é aumentada de um terço, pois, nesse caso, haveria também infringência ao dever funcional.

De outro lado, o sujeito passivo é a coletividade, a qual tem a sua saúde colocada em risco por conta de ameaça real decorrente da infração da medida sanitária preventiva.

No plano do tipo objetivo, o verbo núcleo do tipo é infringir, ou seja, é um sinônimo de descumprir, desobedecer, violar e ofender, entre outros. Para que haja a configuração do delito em questão, é necessária a transgressão de determinação do Poder Público, destinada a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

Neste aspecto, nota-se que o crime previsto no artigo 268, do Código Penal, é uma norma penal em branco, pois “a configuração do tipo depende, portanto, do que seja a determinação do Poder Público, que certamente é outra norma” (BUSATO, 2016, p. 193).

Deve-se pontuar que a norma complementadora do branco pode ser, por exemplo, uma lei, decreto, portaria, regulamento, ou outro ato normativo oriundo do Poder Público que objetive impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa.

No plano do tipo subjetivo, pontua-se que o crime de infração de medida sanitária preventiva não é previsto na modalidade culposa, de modo que o elemento subjetivo do tipo é apenas o dolo.



---

A consumação do delito ocorre com a desobediência da determinação do Poder Público (norma complementadora); ou seja, é irrelevante para a consumação que haja a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa. Assim, trata-se de crime de perigo abstrato, merecendo lembrar que sobre a distinção entre os delitos de dano e de perigo, César Roberto Bitencourt (2009, p. 224) esclarece que:

Crime de dano é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência da lesão efetiva do bem jurídico. [...] Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente.

O ilícito penal do artigo 268, do Código Penal, permite a forma tentada, a qual pode ser mais bem elucidada pelo exemplo de Magalhães Noronha (1988, p. 11), ao mencionar sobre o passageiro de um navio em quarentena que, ao tentar deixar a embarcação, é impedido enquanto executa seu plano.

Por fim, considerando que a pena máxima não supera os dois anos, verifica-se que se trata de uma infração penal de menor potencial ofensivo, cuja competência para julgamento e execução é do Juizado Especial Criminal.

#### 4.1 A DETERMINAÇÃO DO PODER PÚBLICO DESTINADA A IMPEDIR A INTRODUÇÃO OU PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA

Em primeiro plano, deve-se lembrar que por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.341, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a competência para o combate à Covid-19 é concorrente entre a União, o Distrito Federal, os estados e municípios.

Em vista desta decisão, para fins de complementação do branco previsto no artigo 268, do Código Penal, a determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação da Covid-19 poderá ser oriunda de qualquer um dos entes federativos. O referido precedente é importante ao permitir que a determinação do



---

Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação da Covid-19 seja adequada à realidade local.

Percebe-se, entretanto, que a autonomia entre os entes federativos para editar normas voltadas para o combate da pandemia pode causar situações inusitadas, as quais podem suscitar inúmeras questões no âmbito do Direito Penal. É possível que municípios contíguos possam estar sujeitos a regras completamente diferentes. Cita-se como exemplo um caso que ocorreu no mês de junho de 2020 em um *shopping center* localizado entre os Municípios de Sorocaba e Votorantim, no interior do Estado de São Paulo (G1.GLOBO, 2020).

Observou-se que, a partir do dia 22 de junho de 2020, as lojas do *shopping* que estavam situadas em Sorocaba não puderam abrir as portas, dado que o mencionado Município permitia apenas a abertura do comércio essencial. Por outro lado, as lojas que estavam localizadas no Município de Votorantim funcionaram normalmente, pois a abertura de *shoppings* estava totalmente permitida na referida Cidade.

É interessante notar que o lojista de Sorocaba poderia incorrer nas sanções previstas no artigo 268, do Código Penal, caso descumprisse a determinação do Poder Público e abrisse as portas de seu estabelecimento. Diversamente, o lojista do mesmo *shopping*, cujo estabelecimento situa-se no Município de Votorantim e estivesse funcionando, em tese estaria agindo em exercício regular de direito e não estaria cometendo qualquer infração penal.

Ao tratar-se ainda no plano do delito de infração de medida sanitária preventiva, também se observa a possibilidade de a norma complementadora (determinação do Poder Público) remeter a uma terceira norma. “Tem-se, então, norma penal em branco de remissão sucessiva ou em segundo grau” (GUARAGNI, 2014, p. 31).

Para melhor elucidar este aspecto, cita-se o Decreto n.º 180, de 27 de janeiro de 2021, do Município de Curitiba, que é uma norma destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa (COVID-19); ou seja, é uma norma que pode ser a complementadora do branco previsto no delito do artigo 268, do Código Penal. Ao tratar das igrejas e templos de qualquer culto, o parágrafo único do artigo 15, do mencionado Decreto, determina que, em relação às igrejas e templos, deve ser





---

observada a Resolução n.º 1.434, de 3 de dezembro de 2020, da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná.

Por conseguinte, percebe-se que neste exemplo de norma penal em branco de segundo grau, a configuração do crime de infração de medida sanitária preventiva depende da violação da mencionada Resolução da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná.

## 5 A NORMA PENAL EM BRANCO *VERSUS* A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Antes de analisar a harmonização entre a norma penal em branco e a teoria da imputação objetiva, é preciso relembrar e fixar algumas premissas. Primeiramente, como já mencionado anteriormente, a norma penal em branco constitui um dos mecanismos utilizados para a tutela da saúde pública. A este respeito, vale mencionar a dupla utilidade político-criminal das normas penais em branco, que são importantíssimas, sobretudo no cenário de uma pandemia: a primeira delas é a constante a atualização do tipo incriminador por força da remissão a complementos cuja edição requer menos formalidade (GUARAGNI, 2014, p. 33); e a segunda utilidade político-criminal, e a maior razão para a utilização de normas penais em branco, é “a necessidade de evocar conhecimentos técnicos verticalizados, no marco de uma sociedade pós-industrial, dependente da confiança em sistemas peritos, sintéticos de tecnologias avançadas que inundam o mercado” (GUARAGNI, 2014, p. 47).

Os conhecimentos técnicos verticalizados aqui mencionados, em regra, não estão no Poder Legislativo, mas no Poder Executivo: “os especialistas do corpo funcional do poder executivo produzem regulamentos que completam as normas penais em branco, nutrindo-as de dados técnicos sofisticados que o legislador não possui” (GUARAGNI, 2014, p. 34).

Ao analisar especificamente o artigo 268, do Código Penal, denota-se que o legislador não especificou qual seria a determinação do Poder Público e tampouco trouxe um conceito de doença contagiosa. Se tivesse delimitado, entende-se que o



---

tipo penal ficaria “engessado” e a tutela da saúde pública prejudicada, sobretudo porque a cada instante é possível surgir uma nova doença contagiosa, bem como diversas determinações do Poder Público destinadas a impedir a introdução ou propagação da mesma.

Assim, ao estabelecer que os elementos necessários para a configuração do crime de infração de medida sanitária preventiva deverão ser buscados em determinações do Poder Público, é possível manter o tipo penal constantemente atualizado, na medida em que é mais simples atualizar um decreto, uma portaria, uma resolução ou um regulamento do que um tipo penal.

O papel da norma penal em branco como gerenciadora de riscos do Estado (GUARAGNI, 2014, p. 47) é de fundamental importância quando se trata de um cenário de pandemia, tal qual o provocado pela COVID-19, visto que o aumento ou a redução da propagação da doença contagiosa é extremamente variável.

Em que pese os aspectos positivos da norma penal em branco contida no delito de infração de medida sanitária preventiva, pode-se argumentar que a referida norma penal não contempla elementos suficientes para identificar a criação de um risco não permitido ao bem jurídico, a realização do risco no resultado e que o resultado esteja incluído no alcance do tipo (critérios de imputação objetiva). Por conta deste fator questiona-se a harmonia ou não entre a norma penal em branco e a teoria da imputação objetiva.

De imediato, pode-se afastar a suposta desarmonia, pois após a norma penal em branco ser preenchida pela norma complementadora, o tipo passa a contar com os elementos necessários à análise da imputação objetiva. É importante esclarecer que a complementação é uma parte essencial do tipo, de modo que, segundo Mezger (1949, p. 196 *apud* BACIGALUPO, 2005, p. 140) o tipo complementado cumpre a mesma função que qualquer outro tipo.

Na mesma trilha, Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 51) assevera que “o complemento da lei penal em branco integra a lei penal, na medida em que é elemento do tipo objetivo”. Ainda que a norma complementadora seja um regulamento, decreto, resolução ou portaria, esta é um elemento fundamental do tipo e, como tal, está apto a ser submetido aos critérios de imputação objetiva.



---

De qualquer modo, ainda que a norma complementadora não fosse considerada um elemento integrante do tipo objetivo da norma penal incriminadora, não haveria desarmonia entre a norma penal em branco e a teoria da imputação objetiva. Mesmo nas normas penais que contam com o preceito primário completo, a análise da imputação objetiva escapa dos elementos contidos unicamente na norma incriminadora.

Ao abordar-se o sistema de análise do delito, deve-se relembrar que

[...] a adoção das teorias de imputação objetiva no sistema de análise do delito acaba impondo uma remissão a normas extrapenais legais e infralegais *em todo e cada caso penal julgado*, para fixação do caráter permitido ou proibido dos patamares de riscos gerados pela conduta” (GUARAGNI, 2014, p. 47-48).

Não bastasse a remissão a normas extrapenais legais e infralegais, a análise da ultrapassagem dos limites do risco permitido em normas penais originalmente completas pode estar relacionada, por exemplo, com a ideia de homem prudente, do princípio da confiança e das normas técnicas de segurança (GRECO, 2006, p. 169).

Finalmente, salienta-se que o uso da técnica da norma penal em branco no crime de infração de medida sanitária preventiva está de acordo com a função do Direito Penal, ou seja, com a tutela subsidiária de bens jurídicos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou analisar a harmonização entre a norma penal em branco e a imputação objetiva a partir da análise do crime de infração de medida sanitária preventiva.

Para construir o arcabouço teórico necessário para responder o referido questionamento, em primeiro momento, foi preciso analisar a teoria da imputação objetiva do funcionalismo Roxiniano. Partiu-se da superação dos modelos causalista e finalista da ação a partir das mudanças promovidas no tipo objetivo por conta da inserção dos critérios de imputação objetiva. Com a análise da criação de um risco



---

não permitido, a realização do risco no resultado e o resultado incluído no alcance no tipo, foi possível vencer diversos limites encontrados nos modelos de imputação anteriores.

Na sequência, observou-se que a técnica da norma penal em branco é utilizada no delito do artigo 268, do Código Penal; contudo, diante da incompletude do preceito primário, surgem dúvidas sobre a compatibilidade com a teoria da imputação objetiva.

Neste aspecto, pode-se invocar duas teses para justificar a harmonia entre a norma penal em branco e a imputação objetiva: primeiramente, por meio da ideia de que a norma complementadora é uma parte essencial do tipo, sendo um verdadeiro elemento do tipo objetivo; a norma complementadora não só pode, como também deve ser utilizada para a realização do juízo de imputação objetiva; e, em segundo plano, ainda que a norma complementadora não seja vista como parte integrante do tipo objetivo, a desarmonia entre a norma penal em branco e a imputação objetiva não poderia ser invocada.

Alcança-se esta conclusão pelo fato de que até nas normas penais incriminadoras completas é comum analisar a ultrapassagem dos limites do risco permitido, a realização do risco no resultado e o resultado incluído no alcance do tipo por meio da análise de normas extrapenais legais e infralegais, tais como: o princípio da confiança, a noção de homem prudente e as normas técnicas de segurança.

Ora, se até nas normas penais cujo preceito primário está completo a análise da imputação objetiva necessita de remissão a elementos externos, pode-se concluir que inexistente problema de imputação objetiva nas normas penais em branco.

Por fim, deve-se frisar que a norma penal em branco, em razão de sua dupla utilidade político-criminal, é um instrumento efetivo para a proteção da saúde pública no cenário provocado pela pandemia da COVID-19.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005.



---

BELEZA, Teresa Pizarro; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**. Coimbra: Almedina, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto . **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 4. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 58. São Paulo: RT, jan/2006.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUARAGNI, Fábio André. Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos: o panorama político-criminal comum, as distinções e consequências relativas ao princípio da reserva legal. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014.

G1.GLOBO. Shopping entre duas cidades fica 'dividido' entre lojas que podem abrir e outras que precisam ficar fechadas. **G1 Sorocaba e Jundiaí**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2020/06/22/shopping-entre-duas-cidades-fica-dividido-entre-lojas-que-podem-abrir-e-outras-que-precisam-ficar-fechadas.ghtml>. Acesso em: 2 fev. 2021.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.



---

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v. 4. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 38. São Paulo: RT, abr/2002a.

ROXIN, Claus . **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**. São Paulo: RT, 1980.

