

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-415-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- “A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais”, em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.
- “A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia”. No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.
- “A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional”. O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reempreendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- “A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero”. O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- “A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso”. Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- “A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional”. O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandato explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaining’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do *due process of law*, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objetiva a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento”. O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- “Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro.” O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- “Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada”. A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comércio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comércio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

O PROGRAMA UNIVERSAL DE ENFRENTAMENTO AO COVID-19 E O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO SUBSIDIÁRIO DE PROTEÇÃO

THE UNIVERSAL PROGRAM TO COMBAT COVID-19 AND CRIMINAL LAW AS A SUBSIDIARY INSTRUMENT OF PROTECTION

**Maria Auxiliadora De Almeida Minahim
Lucas Gabriel Santos Costa**

Resumo

As consequências globais da pandemia causada pelo COVID19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

Palavras-chave: Saúde pública, Sistema penal, Covid 19, Controle social, Proteção à humanidade

Abstract/Resumen/Résumé

The global consequences of the COVID19 pandemic increased the criticism of the link between the international agenda for the protection of humanity and the internal programs for the protection of public health. The article analyzes international and local actions confronting the current pandemic, criticizing - from a deductive perspective, with a focus on Brazilian public health - the complexity of the relationship between the political plan of local health and the emergence of universal health protection. The study evaluates criminal intervention as an adequate instrument to protect public health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public health, Criminal system, Covid 19, Social control, Protection of humanity

1 INTRODUÇÃO

A presença e as consequências do COVID-19 formam uma realidade objetiva e natural: o vírus, a doença e as mortes existem, são dados da natureza. No plano existencial, cabe ao ser humano descrever essa realidade, mas não é possível negar a sua existência.

Essa impossibilidade – considerando que o desenvolvimento tecnológico ampliou tanto a capacidade de ação humana – causa inconformismo, perplexidade, tristezas e frustrações e, igualmente, a consciência dos limites do domínio do ser humano (razão) sobre a natureza (outras formas de vida): sendo o ser humano incompleto por essência, um sistema racional não alcançará toda a complexidade presente na existência da vida, ou do seu fim: a morte.

Os últimos meses se traduzem em uma constante expansão da capacidade médico-científica (um sistema racional humano) para alcançar um nível adequado de compreensão e enfrentamento de uma realidade natural formada com coronavírus, com COVID-19, bem como com o alto índice de mortes no mundo. O paradoxo é que a sociedade do desenvolvimento tecnológico, para além de acreditar dominar a natureza, também compreende ser não apenas um *ator no espetáculo da sociedade contemporânea*, mas, agora, o principal *diretor* que produz toda a verdade sobre o que é natural.

Nesse *espetáculo*, a partir da força constitutiva da ideologia, reforçam-se padrões culturais que formam distopias da realidade: como se o universo se resumisse ao olhar do ser humano, o *criador*: não mais *criatura*. O COVID-19, como um mergulho em um *lago gelido*, faz a sociedade contemporânea acordar e observar que a construção normativo-valorativa através da romantização ou até da negação do vírus, não mudará o que é natural, dado e objetivo: ele existe e mata!

Com essa observação, no plano internacional, especialmente a partir da Organização Mundial da Saúde, foram intensificadas ações de prevenção e controle da disseminação do COVID-19. Assim como tão rápido é o atual deslocamento individual de um continente ao outro, potencializado pelo desenvolvimento tecnológico dos transportes aéreos, também é a mundialização da doença. Um fato que amplia a crítica sobre a proteção da vida e da saúde como objetos de uma pauta política vinculada às ações de promoção aos Direitos Humanos,

bem como o alcance e o enlace entre tal pauta e os programas internos de proteção à saúde pública.

É nesse contexto que este trabalho pretende, sem o fim de exaustão, analisar a complexidade da relação entre o plano internacional de enfrentamento à pandemia e as políticas sanitárias domésticas, especialmente a brasileira, voltadas à proteção da saúde pública. Nesse percurso, a análise será formada por três olhares: i uma análise da cooperação internacional para o enfrentamento da pandemia; ii a crítica sobre as ações locais de controle do COVID-19 e a crise da saúde pública no Brasil; iii a valoração do sistema penal como um instrumento de controle social subsidiário adequado à proteção da saúde pública. São três partes que se vinculam como elos de uma corrente, formando um todo. Um todo desse estudo que critica a necessidade de um enfrentamento à pandemia capaz de compreender que, como elos de uma corrente, a saúde de universal é a comunhão das múltiplas expressões de saúde locais.

2 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E POLÍTICAS DE CONTROLE À PANDEMIA

Uma apresentação científica da atual interação entre os Estados, através de mecanismos de cooperação, visando enfrentamento do quadro social de colapso da saúde pública gerado pela pandemia do COVID-19, não deve se construir como uma pauta divergente ao sistema internacional que propõe a proteção aos Direitos Humanos, que se observou na base das relações entre os Estados de cooperação humanitária nas últimas décadas (ONU, 2021)¹. A circunstância que diverge – que pode ser vista como um novo desafio mundial – é que agora o problema humanitário inerente à crise da saúde pública é global, uma emergência de saúde pública de importância internacional que não se esgota nos países periféricos e carentes de desenvolvimento: todos são objeto de cuidado, estudo e intervenção (PAHO, 2021).²

A proposição de uma força-tarefa a partir da cooperação/colaboração entre as nações expõe a existência de *pautas internacionais* que geraram *desgastes* na relação entre a perspectiva

¹ Nota explicativa: A Organização das Nações Unidas possui antecedente atuação no enfrentamento de epidemias, especialmente aquelas que possuem centro nos países periféricos. A Organização Mundial da Saúde, por exemplo, atua na vacinação contra o Ebola na República Democrática do Congo: “Três meses depois do fim do 11º surto, novos casos do vírus foram detectados e duas pessoas já morreram; agência da ONU enviou equipe de resposta rápida para o local e já identificou 200 pessoas que tiveram contato com infectados.”.

² Nota explicativa: No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde anunciou que o COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, caracteriza-se como uma pandemia.

intervencionista e de universalização dos valores que formam o programa de proteção aos Direitos Humanos e a proposta de preservação de identidades específicas dos espaços regionais que alimentam a existência multicultural (SOUSA SANTOS, 1997, p.11-32). Esses *desgastes* não foram apagados, mas o contexto atual de emergência pede a urgência de uma cooperação e comunhão de esforços das nações para a cura da doença que alcançou a saúde mundial, e se tornou uma questão existencial aos humanos.

Apesar dos esforços coordenados pela Organização Mundial da Saúde para conter o surto da nova doença (PAHO, 2021), ainda existem *caminhos áridos* a serem percorridos no plano internacional - sobretudo para superar obstáculos à proteção da saúde global que são alimentados por relações diplomáticas entre países que reforçam a diferenciação, o afastamento e o ódio entre as pessoas (OMS, 2020). *Caminhos áridos* que se constroem com o conteúdo das perspectivas político-ideológicas negacionistas (EL PAÍS, 2020)³ e xenofóbicas (CNN BRASIL, 2020)⁴, que não auxiliam na universalização do acesso aos insumos básicos necessários ao enfrentamento da pandemia pelas agências sanitárias e de saúde locais. Perspectivas que tem impactado na obtenção de vacinas, por exemplo, sobretudo em países de menor índice de desenvolvimento humano e científico como o Brasil.

É preciso reconhecer a complementariedade da vida com vistas à superação das crises diplomáticas, assim como do distanciamento, do fechamento espacial e da segregação desenvolvidos em período pré-pandêmico. A potencialização dessas práticas no ápice da crise da saúde mundial desvela o cuidado exagerado com os próprios interesses a despeito do sofrimento de outros.

Considerando uma sociedade em rede, os últimos meses do ano de 2020 foram caracterizados pelo contexto desafiador trazido pela necessidade de construir e fortalecer a cooperação dos Estados para construção de uma solução rápida e segura à superação do caos humanitário causado pela pandemia. A produção e distribuição das vacinas vem como possível materialização dessa cooperação internacional, sendo um ponto de referência político-institucional internacional na proteção dos direitos humanos.

³ Nota explicativa: Trump se entregou ao negacionismo da covid-19 na reta final da campanha | Internacional | EL PAÍS Brasil.

⁴ Nota explicativa: Líder supremo do Irã pede banimento de 'vacinas ocidentais' contra Covid-19.

Tal materialização, no entanto, apresenta-se como um horizonte de expectativa ainda distante. O tempo inerente ao acesso dos países à vacina, sobretudo os mais pobres, sequer se aproxima daquela rapidez que caracterizou disseminação mundial vírus. Em fevereiro de 2021, apenas dez países administram setenta e cinco por cento das vacinas, e cento e trinta não receberam ainda nenhuma dose: um sintoma do agravamento das desigualdades regionais, que no plano internacional tem gerado uma *pandemia de abuso de direitos humanos*.

Essa distribuição desigual e injusta das vacinas integra o complexo meio do sistema social mundial atualmente marcado pelo rebaixamento dos índices de desenvolvimento humano e de igualdade material entre as nações. Injustiça que se evidencia também na falta de informação e que amplia a proliferação do vírus, aumentando a possibilidade do surgimento de novas variantes mais contagiosas e letais, que tem maior incidência e gravidade sobre aqueles que vivenciam em suas vidas a materialização da desigualdade inerente à ampliação dos índices de pobreza extrema.

É preciso unir esforços institucionais para o desenvolvimento de estratégias e ações voltadas ao desenvolvimento da saúde pública. Por isso, análises que propõem a deslegitimação da proibição penal de atentados à saúde pública, no cenário em que vivemos, encontram-se asfixiadas pelo caos social consequente da pandemia atual.

3 COOPERAÇÃO LOCAL E POLÍTICAS DE CONTROLE À PANDEMIA

Pense numa tapeçaria contemporânea. Ela comporta fios de linho, de seda, de algodão e de lã, com várias cores variadas. Para conhecê-la seria interessante conhecer as leis e os princípios de cada um desses tipos de fios. Entretanto, a soma dos conhecimentos sobre cada um desses tipos de fios da tapeçaria é insuficiente para conhecer não somente essa nova realidade já tecida, ou seja, as qualidades e propriedades próprias a esta textura, mas também é incapaz de ajudar a conhecer sua forma e configuração. (ALMEIDA, 2006, p. 30)

Universalizar a proteção da humanidade sem desprezar as culturas locais, assim como promover ações para a proteção da saúde global – no plano internacional –, sem mitigar a importância das políticas locais ao enfrentamento da pandemia constitui um mandado. O equilíbrio entre os polos dessa relação forma um desafio atual para as agências e órgãos de proteção e promoção à saúde pública no ambiente pandêmico: um desafio que tem exigido um alto esforço dos países

na orientação de programas e políticas públicas com a finalidade de conter a propagação do COVID-19.

Um olhar que privilegie a saúde global em detrimento das particularidades e dificuldades enfrentadas no âmbito local não conseguirá frear a disseminação do vírus e o desenvolvimento de novas variantes. Da mesma forma, um olhar sobre que se encerre na realidade de uma só nação, velando o potencial lesivo do vírus no plano internacional, não alcançará os múltiplos esforços científicos produzidos pelas Agências Internacionais de Saúde (como por exemplo, informações acerca de tratamento, métodos de prevenção e produção de vacinas), para limitar os altos índices de contágio e disseminação do vírus.

O *tapete* do plano internacional de proteção à vida e à saúde é uma peça ainda desarmônica: ela traz *firos de linho* que mostram a sofisticação, a segurança, modernidade, expansão tecnológica e os altos índices de vacinação em alguns países, mas, igualmente, expõe *firos* sensíveis e frágeis de algodão, corroídos e manchados pela frágil percepção de respeito aos Direitos Humanos em diversas nações, e que agora evidencia um significativo desrespeito à saúde e à vida local.

Na *tapeçaria* do mundo pandêmico, o Brasil passa a representar um *fio* sensível e frágil do doente *tapete* mundial. A construção sociopolítica brasileira ainda se caracteriza pela frágil experiência democrática, sobretudo quando se tem como objetivo a promoção da unidade nacional em um espaço territorial em que a ideologia política prevalece sobre a necessidade de proteção à saúde e à vida, tornando os brasileiros menos próximos que desiguais.

A experiência no enfrentamento e controle do COVID-19 requer, para a sua efetividade, a organização interna dos Estados. Na estrutura federativa brasileira, assumem o protagonismo os Estados e Municípios, que ampliam esforços para a superação deste momento que tanto desafia a população brasileira. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a competência concorrente entre União, Estados e Municípios na promoção de políticas públicas e medidas sanitárias restritivas necessárias à contenção da propagação do vírus (STF JUS, 2020).

A decisão é uma construção heterônoma, típica do poder judiciário, que revela o dissenso das unidades federativas acerca das políticas e ações a serem adotadas no contexto da pandemia,

que se caracteriza especialmente em virtude da: i ausência de alinhamento entre o governo federal e os estados membros; ii a insuficiência política na coordenação do sistema de saúde nacional.

Ausência de alinhamento que se agrava pela construção ideológica negacionista governamental que, em defesa da economia do país, pretende velar o potencial do vírus para deslegitimar ações sanitárias estaduais de restrição de circulação de pessoas e do funcionamento de atividades comerciais.

Nesse contexto, a defesa da economia passa a ter lugar de destaque institucional na gestão federal, ainda que o Brasil seja o recordista mundial de óbitos causados pelo COVID-19 (CNN BRASIL, 2021). O infeliz recorde brasileiro desvela a ausência, ou quando existentes, a fragilidade das políticas públicas de enfrentamento à pandemia no Brasil. A negligência na compra das vacinas, a dificuldade do acesso à informação e estatísticas da pandemia, a negação da necessidade do uso de máscaras e do distanciamento social são exemplos da fragilidade da atuação brasileira na proteção da saúde pública.

“O Brasil é um laboratório a céu aberto para o vírus se proliferar e desenvolver mutações”, afirma Miguel Nicolelis (ISTO É, 2021). Uma visita ao laboratório social brasileiro traz o perigo não apenas da morte através da falta de ar, como ocorreu com milhares de amazonenses em virtude da falta de oxigênio no sistema de saúde pública, mas, igualmente impõe a possibilidade de inanição decorrente da pobreza extrema que se amplia no país.

O discurso de uma construção ideológica não se esgota no plano teórico, ela pode formar realidades sociais. A realidade de uma ideologia negacionista no país tem influído na construção de um sistema social em que a ausência de vacinas é acompanhada pelo registro de mais de mil mortes diárias. Perdas de vidas agravadas pelo colapso do sistema de saúde das capitais brasileiras, no surgimento de novas variantes (mais contagiosas e lesivas do vírus) que coloca em risco o próprio potencial preventivo das vacinas atuais.

Somos construtores e ao mesmo tempo somos formados por uma mesma realidade, sem o indivíduo não haveria nem a possibilidade de explicar a sociedade, bem como sem os países – sujeitos e objetos de uma realidade – não poderíamos construir um plano internacional à saúde

global. Edgard Morin a partir da ideia de *looping autoprodutivo* defende que é preciso juntar as partes ao todo e o todo às partes (1997, p. 14), ou seja, não é possível conhecer todo o planeta a partir da realidade brasileira, mas a crise da saúde mundial também é formada pelo Brasil.

As novas variantes brasileiras do vírus preocupam e devem ser motivo de preocupação a todos, não apenas aos brasileiros: coloca-se em risco não só a sociedade local, mas o plano internacional contra o vírus. É por isso que a saúde mundial, em certo nível, requer ações proativas de enfrentamento ao Covid-19 pelo Governo Brasileiro.

Nesse âmbito, compreendendo a gravidade da situação e o possível dano que pode ser causado pela negligência governamental local, torna-se adequada a aplicação de sanções (medidas cautelares temporárias) que possam contramotivar a ingerência estatal interna quanto às ações básicas necessárias para conter o avanço da pandemia no mundo.

4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL E A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

A sociedade contemporânea, sobretudo nas últimas décadas, tem intensificado modelos de interação social que se produzem a partir do distanciamento de referências às subjetividades. É interessante evidenciar, nesse sentido, que Alfred Schütz, ao analisar a construção significativa do mundo social, propõe que “toda doação de sentido desse mundo por mim realizada toma como referência original a doação de sentido feita pelo tu em seu vivenciar e, assim, se constitui sentido enquanto fenômeno intersubjetivo” (2018, P. 162).

A questão que desafia e caracteriza as relações sociais na contemporaneidade é que o *eu* e o *tu* passaram a ser objetos de um contexto formado com a prevalência de sistemas heterônomos como instrumentos de orientação social da ação: sobretudo quando tais correções importam à construção de espaços de vida que possuem como horizonte de expectativa o ideal de ordem social. Assim, os desejos autônomos embarram-se no limite da construção do coletivo.

A construção de uma proposta de intervenção que produza um espaço social mais seguro e saudável à nossa convivência, sem, por exemplo, os ônus de infecção por Covid -19 têm como

moldura atual essa perspectiva heterônoma (COSTA, 2019, p. 150)⁵. Por isso, sem reduzir a importância da responsabilidade de cada pessoa inerente às ações preventivo-individuais em face ao novo vírus, é necessário ressaltar as formas de controle social que se apresentam aos Estados – como fontes heterônomas – para o enfrentamento à pandemia.

Aqui, nesse nível de análise, como recorte lógico à proposta deste estudo, o intuito é alcançar a forma de inserção, a necessidade e a adequação do direito penal ao contexto de enfrentamento à pandemia. Uma análise que considera a relação de proximidade do Direito Penal com as outras formas de controle social (BRUNO, 1956, p. 14)⁶, preservando o conteúdo que garante a legitimidade do sistema penal nos Estados democráticos (SANCHÍS, 2001).

Um sistema que deve assumir um lugar último dentre as formas de controle social. É importante pensar, a partir de uma perspectiva moral, na construção de barreiras que impeçam o desenvolvimento da pandemia. Perspectiva que produz o programa ideológico que reafirma valores culturais que orientam o controle exercido pelas instituições da família, da religião, das associações civis, bem como, no âmbito estatal, direciona a propositura de políticas públicas que apoiam o contexto de controle social exercido pelo direito (RICOEUR, 1986, p. 228)⁷.

De certo é que nenhum sistema de controle social alcançará o desenvolvimento capaz de compreender toda a complexidade presente na sociedade, a vida é muito rica para ser reduzida a um sistema normativo de referência. Importante também destacar que um evento tão lesivo, e de magnitude mundial, como a pandemia do Covid 19 exige mais que controles exercidos por meios não institucionalizados (como as ações de isolamento social nos núcleos familiares), não há como entregar a cada pessoa a responsabilidade por si só de suas vidas ou saúde em um contexto patológico que afeta a todos. Ademais, não se conhecem, ainda, suficientemente as formas de transmissão, desenvolvimento e potencial de letalidade da infecção (BBC BRASIL,

⁵ Nota explicativa: “O sistema social e o direito, formam um instrumento *heteronómo* necessário à projeção social das várias possibilidades de ação do ser humano moderno.”

⁶ Nota explicativa: Perspectiva crítica que evidencia o direito penal como forma de controle social.

⁷ Nota explicativa: “Na minha opinião, este critério pressupõe que os indivíduos, do mesmo modo que as entidades coletivas (grupos, classes, nações, etc.), estão em princípio e desde sempre, ligados à realidade social de um modo diferente do da participação sem distância, segundo figuras de não-coincidência que são precisamente as do imaginário social.”

2021)⁸: situação que se agrava no Brasil, em que o baixo índice de desenvolvimento humano influi na fragilização das ações coletivas de controle e prevenção do vírus.

É importante, nesse sentido, a utilização de formas de controle como as políticas públicas sanitárias, que tiveram ênfase a partir de ações de estados e municípios brasileiros: as restrições promovidas pelas agências públicas de saúde, sobretudo no estabelecimento de quarentena, assim como a construção de equipamentos voltados ao diagnóstico e tratamento da doença.

Nesse âmbito, o direito penal se insere como um meio de controle e um instrumento de proteção capaz de manejar núcleos de proibição engajados ao enfrentamento da pandemia. Ao lado das políticas públicas que pretendem controlar a crise sanitária que brasileira, a proteção penal se coloca como instrumento voltado à proibição das ofensas mais significativas à saúde pública (BITENCOURT, 2020, p. 319).

É preciso, entretanto, equilibrar a relação entre os espaços de liberdades pedidos pela proibição penal e a necessidade de proteção de bens essenciais, tão importantes à nossa vida em sociedade, como a saúde⁹.

É aqui que se insere a discussão sobre a manutenção da vinculação da tutela exercida pelo direito penal aos princípios liberais, necessários a um direito penal democrático, ainda que no contexto de pandemia. Não se pretende sustentar a saúde pública a partir do direito penal, mas demonstrar a importância dessa forma de controle neste momento, que pede ações estatais mais duras em face de violações que criam afetam bens jurídicos de tamanha significação como a vida e a saúde. As ações proibidas podem não só oferecer um perigo para a vida de outro, mas efetivamente lesioná-la e, ultrapassando, a esfera de um bem jurídico abstratamente concebido para fundamentar a proibição penal, afetar própria configuração da sociedade na forma que se propõe no contexto contemporâneo.

A própria variação do vírus, com a mutação e formação de *cepas* virais mais contagiosas ou capaz conduzir a manifestação da forma mais grave da doença, potencializa a importância das

⁸ Nota explicativa: Aumento de casos, reinfecção e menor eficácia das vacinas: por que a variante do coronavírus detectada em Manaus preocupa o mundo.

⁹ Nota explicativa: Tal necessidade, no entanto, por si só, não justifica a utilização do direito penal. Esse é um diálogo que se remete a própria concepção da manifestação da proibição penal e imposição de penas nas democracias ocidentais.

agências de controle: as ações são individuais, mas os fatos consequentes são coletivos, influem na vida de social. As ações fazem parte de um contexto, e esse contexto pode ser de *prevenção*, a partir de uma concepção de não causar ao outro o que o outro não deseja – como usar uma máscara ou manter o distanciamento social –, ou de *egoísmo*, entregando ao outro aquilo que entregam apenas si próprios: que pode ser o desrespeito ao valor humano e à própria vida, negando os cuidados sanitários que ajudam a combater a propagação do vírus.

Nesse caso, o direito penal compreendendo os princípios liberais que lhe atribuem legitimidade, deve ser presente quando se expressa como necessário, adequado e proporcional (SARLET, 2004, p. 122)¹⁰ no contexto de enfrentamento à pandemia desencadeada pelo COVID 19. Essa presença torna-se justificada e responde à própria crítica sobre a existência de um fundamento material hábil a legitimar a intervenção penal nos atentados à saúde pública.

Não é de hoje que se tem discutido sobre a existência da saúde pública como um bem jurídico capaz de justificar a existência da proibição penal. Fala-se em inexistência de um bem (HASSEMER, 2011, p. 23), em virtualização ou espiritualização do bem, em ausência de um bem jurídico como fundamento e na proibição fundada na necessidade de conter a lesividade do comportamento (AMELUNG, 2011, p. 157-158), ou até como a proteção do próprio sistema a partir da tutela da vigência da norma que sustenta o ordenamento (JAKOBS, 2012). Luís Greco (2004, p. 89-141) é dos autores que se opõe à ideia de saúde pública como um bem jurídico supraindividual verdadeiro, sobretudo o que diz respeito aos crimes de uso e tráfico de tóxicos.

Nesse contexto protetivo, o sistema jurídico-penal brasileiro possui um rol de proibições contido no título VIII, Capítulo III, do Código Penal. A emergência da realidade pandêmica elevou a discussão sobre a incidência dos tipos penais contidos nesse título como forma institucionalizada (um instrumento estatal) de manutenção da saúde pública.

¹⁰ Nota explicativa: “[...] o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio.”

Uma incidência acompanhada da dogmática penal, que orienta o nível do alcance das figuras delitivas, bem como do respeito à legalidade e ao caráter subsidiário que legitimam – a partir de um olhar democrático – a intervenção penal no Brasil.

Nesse contexto, considerando as relações sociais desenvolvidas na atual pandemia, para além da discussão da incidência dos crimes de lesão corporal, de causação de perigo para a vida ou a saúde de outrem, homicídio, bem como o perigo de contágio de moléstia grave (MONTENEGRO, VIANA, 2020), expõe-se a crítica sobre a existência dos crimes previstos nos artigos 267 e 268 do Código Penal (BRASIL, LEI 2848)¹¹, que proíbem a causação de epidemia, bem como a infração de medida sanitária preventiva, respectivamente.

Em virtude do difícil ajuste dogmático na formação da tipicidade, no entanto, as proibições contidas nos artigos 267 e 268 do Código Penal se mostram, especialmente, como instrumentos específicos de proteção à saúde pública a partir de um caráter simbólico:

Os crimes contra a saúde pública constituem, em tese, instrumento com força suficiente para evitar as condutas capazes de causar pandemia. Ocorre, porém, que os tipos mais ajustados às condutas são de rara ou nenhuma aplicação e exigem diversos requisitos fáticos e dogmáticos para que haja tipicidade. (MINAHIM, COSTA, 2021).

O crime de epidemia, art. 267 do Código Penal, por exemplo, exige para a sua consumação a mudança do estado naturalístico da realidade social, pois se trata de um crime de resultado. Nesse contexto, a tipicidade objetiva, essencial à materialização da proibição típica, requer um nexo de causalidade em que a conduta típica é a produtora da epidemia: do resultado típico. Por isso, imputação ao tipo do 267 não se amolda a situações em que a pandemia já se instalou, como no estado atual da COVID-19.

A violação de medida sanitária preventiva, proibida pelo artigo 268 do Código Penal: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, por sua vez, é uma lei penal em branco que necessita de complementação normativa para alcançar o conteúdo da tipicidade. Nesse caso, a redação do artigo, muito aberta,

¹¹ Nota explicativa: Art. 267 “Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena – reclusão, de dez a quinze anos”) e 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.

dificulta a delimitação do conteúdo proibido, que passou a buscar o complemento no amplo e diversificado rol normativo voltado ao controle sanitário existente no país¹².

De certo é que o contexto atual traz para a nossa realidade mais que uma discussão sobre o fundamento material da proibição penal dos atentados à saúde pública. Demonstra-se agora a necessidade de contemplação pela doutrina penal de uma nova perspectiva sobre a análise do tema: para além da crítica analítica como forma de expressão discursiva sobre o tema, é preciso construir uma intervenção prática!¹³ E, pela emergência causada pela pandemia, também imediata.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superlotação e ausência dos leitos de UTI, a falta de oxigênio, o desgaste dos profissionais de saúde, o alto índice diário de óbitos causados pelo COVID-19. Esses são fatos que trazem a possibilidade de se observar a crise da saúde pública de forma imediata e material: agora, com os nossos próprios olhos, conseguimos observar a mudanças na organização social. Negar a crise da saúde pública é negar a ordem necessária ao desenvolvimento do ser humano em sociedade e, em sentido último, negar o próprio direito à vida.

No plano internacional, a proteção da vida e da saúde formam objetos de uma constante pauta política vinculada às ações de promoção aos Direitos Humanos. Nesse sentido, as consequências da pandemia causada pelo COVID-19 à saúde pública global, para além da tragédia humanitária exposta pelo número de mortes, revelam os desafios que fragilizam a relação entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas políticos internos de proteção à saúde pública.

São desafios que resultam da percepção do enfrentamento à pandemia enquanto um problema universal. As organizações de direitos humanos, nesse contexto, devem exercer um papel supranacional na coesão de estratégias base aos programas políticos nacionais, uma vez que as

¹² Nota explicativa: Lei 13979 de 2019, pela Lei nº 14.019, Portaria Interministerial nº 5 de 2020, a Portaria nº 356 de 2020, do Ministério da Saúde.

¹³ Nota explicativa: Nesse sentido o Projeto de Lei 25/2021.

fronteiras físicas continentais não se mostraram como barreiras para a difusão do vírus e as suas novas variantes. E, assim, tais limites postos pelas fronteiras físicas também não devem se opor à necessidade de proteção da saúde como bem um bem essencial ao livre desenvolvimento do ser humano.

O livre desenvolvimento do ser humano em sociedade que fundamenta materialmente o direito penal, ou seja, é o que justifica a proibição penal. No âmbito doméstico, assim, a cooperação entre os entes federativos deve caminhar no sentido de um enfrentamento à pandemia como uma questão/desafio nacional, estabelecendo ações de proteção à saúde pública como tal bem essencial.

Os instrumentos de controle social institucionalizados, como programas e políticas de saúde pública desenvolvidos no espaço político-administrativo importam para a reconstrução da organização da rede de estruturas de saúde pública e das relações comunitárias desgastadas pela pandemia. Nessa missão, considerando os princípios que orientam e limitam a intervenção punitiva a partir da centralidade da proteção ao ser humano, a intervenção penal é um instrumento adequado e legítimo à proteção da saúde pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria da Conceição de. *Complexidade, do Casulo à Borboleta*. IN: CASTRO, Gustavo de. *Ensaio de Complexidade*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

AMELUNG, Knut. *O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de bens jurídicos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 157-158.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 04. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense: 1956.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal. A intervenção da vítima no fato perigoso*. 2019. Tese - Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, o: algumas dúvidas diante de tantas certezas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 49, pp.89-141.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do bem Jurídico. IN: GRECO, Luis. TÓRTIMA, Fernanda. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-10-06/trump-se-entrega-ao-negacionismo-da-covid-19-na-reta-final-da-campanha.html>*Trump se entregou ao negacionismo da covid-19 na reta final da campanha | Internacional | EL PAÍS Brasil (elpais.com)*_Acesso em 12 de abril de 2021.

<https://istoe.com.br/brasil-nao-tem-vacina-suficiente-para-a-1a-fase-da-imunizacao-contr-a-covid-19/>*Brasil não tem vacina suficiente para a 1ª fase da imunização contra a Covid-19 - ISTOÉ Independente (istoe.com.br)*_Acesso em 12 de abril de 2021.

<https://news.un.org/pt/tags/ebola>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

<https://paho.org>. *OPAS/OMS Brasil - OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia* . Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55834933>: Aumento de casos, reinfecção e menor eficácia das vacinas: por que a variante do coronavírus detectada em Manaus preocupa o mundo - BBC News Brasil. Acesso em 10 de setembro de 2021.

<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/lider-supremo-do-ira-pede-banimento-de-vacinas-ocidentais-contr-a-covid-19/>*Líder supremo do Irã pede banimento de ‘vacinas ocidentais’ contra Covid-19 (cnnbrasil.com.br)*_Acesso em 12 de abril de 2021.

<https://www.dw.com/pt-br/estados-unidos-formalizam-sa%C3%ADda-da-oms/a-54084264>
Estados Unidos formalizam saída da OMS | Notícias internacionais e análises | DW |
07.07.2020. Acesso em 12 de abril de 2021.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2268644>
Acesso em 10 de junho de 2021.

<https://istoe.com.br/o-caos/> Acesso em 10 de junho de 2021.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petropolis: Vozes, 2001.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. COSTA, Lucas Gabriel S. Costa. *Instrumentos de ação do Poder Público empregados para o enfrentamento da COVID-19: a necessária articulação de comportamentos*. IN: Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit., Brasília, 10(2): abr./jun., 2021123<https://doi.org/10.17566/ciads.v10i2.768> P. 123-138.

MONTENEGRO, Lucas, VIANA, Eduardo Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. Algumas reflexões sobre os tipos penais relevantes numa situação de epidemia e pontos legislativos controversos. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>. Acesso em 10 set. 2020.

MORIN, Edgar. *Complexidade e a ética da solidariedade*. In: Ensaaios de Complexidade. Coordenação de Gustavo de Castro et al. Porto Alegre: Sulina, 1997.

RICOEUR, Paul. *Da Hermenêutica dos Textos à Hermenêutica da Ação*. IN: Do Texto à Ação: Ensaaios de Hermenêutica II. Tradução: Alcino Cartaxo e Maria José Saramando. Porto: RÉ.S. 1986.

SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración española*. IN: ARROYO

ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – março-abril de 2004 – ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHÜTZ, Alfred. *A Construção Significativa do Mundo Social*: Uma introdução à sociologia compreensiva. Tradução de Tomas da Costa. Petrópolis, Rj: Vozes, 2018.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos*. Revista Crítica de Ciências Jurídicas. Nº 48. Junho 1997. P. 11-32. IN: *Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF* (boaventuradesousasantos.pt).

www.paho.org/pt/covid19. *Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde* (paho.org). Acesso em 12 de abril de 2021.