

Instrumentos de ação do Poder Público empregados para o enfrentamento da COVID-19: a necessária articulação de comportamentos

Instruments by the public administration to confront COVID-19: the necessary harmonization of behavior

Instrumentos de acción del Poder Público para enfrentar la COVID-19: la necesaria articulación de conductas

Maria Auxiliadora Minahim¹
Lucas Gabriel Santos Costa²

Resumo

Objetivo: desvelar o relativo fracasso das estratégias de combate à COVID-19 no Brasil, com seus desencontros, e a predominância de base proibitiva sobre outras medidas específicas de saúde pública. **Metodologia:** utilizou-se o método descritivo-analítico, recorrendo-se à pesquisa bibliográfica sobre doutrinas relativas ao tema em livros, artigos de periódicos, capítulos de livros e informações em meio eletrônico e pesquisa documental com a análise da Constituição/88 e do Código Penal. **Resultados:** houve um esforço de diversos entes da federação brasileira e dos distintos Poderes no sentido de promover meios para o combate à COVID-19, cada qual com os instrumentos de que dispõe, o que inclui desde decisões do Supremo Tribunal Federal a Decretos Legislativos. **Conclusão:** inobstante o conjunto de providências e esforços desenvolvidos para realização de um valor comum, os objetivos visados não são alcançados, em razão de comportamentos individuais, da omissão do Executivo federal e da formalização do direito penal, relativizando seus comandos.

Palavras-chave

COVID-19. Medidas Estatais. Direito Penal. Efetividade.

Abstract

Objective: reveal the relative failure of the strategies of COVID-19 combat in Brazil, with their mismatches and the predominance of prohibitions over other specific measures of public health. **Methods:** we used the descriptive-analytical method, using bibliographic research about the topic in books, articles, book chapters, electronic means, and documents, analysing the Constitution of 1988 and the Criminal Code. **Results:** several states, cities and branches of government promoted means to combat COVID-19, each with their own tools. These include from Supreme Court decisions to legislative decrees. **Conclusion:** despite the group of measures and efforts to obtain a common goal, the objectives were not attained, because of individualized behavior, the omission of the Federal Government, and the formalization of criminal law, making it difficult to punish.

Keywords

COVID-19. Public Strategies. Criminal Law. Effectiveness.

¹ Doutora em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Federal do Paraná; professora titular, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-3076-2255>. E-mail: minahim@terra.com.br

² Doutor em Direito Penal, Universidade Federal da Bahia Salvador, Bahia, Brasil; professor, Faculdade Jorge Amado, Salvador, Bahia, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-4255-3661>. E-mail: l.gabriel.costa@gmail.com.br

Resumen

Objetivo: revelar el relativo fracaso de las estrategias de combate al COVID-19 en Brasil, con sus desajustes y el predominio de una base prohibitiva sobre otras medidas específicas de salud pública. **Metodología:** se utilizó el método descriptivo-analítico, utilizando la investigación bibliográfica sobre doctrinas relacionadas con la temática en libros, artículos de revistas, capítulos de libros e información en medios electrónicos e investigación documental con el análisis de la Constitución/88 y el Código Penal. **Resultados:** hubo un esfuerzo por parte de varias entidades de la federación brasileña y los diferentes Poderes para promover medios para combatir la COVID-19, cada uno con los instrumentos a su disposición, que incluyen desde decisiones del STF, hasta Decretos Legislativos. **Conclusión:** independientemente del conjunto de medidas y esfuerzos que se desarrollen para lograr un valor común, los objetivos perseguidos no se logran, debido al comportamiento individual, la omisión del Ejecutivo federal y la formalización del derecho penal, relativizando sus mandatos.

Palavras chave

COVID-19. Medidas Estatales. Derecho Penal. Efectividad.

Introdução

O desencadeamento de crises de grandes dimensões reivindica, em regra, a intervenção de estruturas de Poder capazes de apresentar as respostas adequadas aos conflitos. O desequilíbrio instalado na vida social, causado pelo coronavírus, e as probabilidades de sua extensão, de fato, extrapolam os esforços individuais, que são sempre necessários e indispensáveis para o desenvolvimento de ações exitosas. O enfrentamento da COVID-19 demanda esforços conjugados entre os poderes do Estado e entre estes e os cidadãos cuja ruptura produz danos coletivos, no caso específico, a contaminação de uma coletividade.

Toda sociedade dispõe de normas para orientar sua convivência, algumas geradas espontaneamente e outras formalmente construídas. Parece essencial que as segundas tomem em consideração as primeiras de forma a reunirem todas o conjunto de ideais coletivos, logrando, pela adesividade, eficácia no seu cumprimento. Da mesma forma, as políticas e ações públicas que mobilizam o Estado devem se orientar para assegurar o bem-estar à população conforme os objetivos e fins registrados constitucionalmente, que traduzem os costumes e valores sociais.

O direito penal aparece como última esfera de reforço dos demais sistemas com seus comandos, sancionando, com a pena, as violações às regras criminais que protegem a saúde pública, emprestando, dessa forma, sua colaboração para prevenir a propagação do vírus.

O estudo tem como objetivo desvelar que o Brasil se instrumentalizou para o enfrentamento da COVID-19, tanto no campo jurídico quanto através dos entes da federação, embora houvesse um nível de inibição e desarticulação que comprometeu gravemente a eficácia das providências.

Questões preliminares sobre normas, ações e valores

O Estado, além de outros recursos, vale-se de prescrições para cumprir seus objetivos e, por isso, expede (institui) normas de comportamento. Tais objetivos são inseridos na Constituição Federal (1), mais especificamente no artigo 3º, quais sejam:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (1)

Ou seja, o Poder Político enuncia valores que deverão ser realizados através de políticas públicas e de normas jurídicas. Os valores dão conteúdo às normas jurídicas e as legitimam, na medida em que são o resultado de um processo social que os estabelecem. Espera-se que as máximas morais usualmente proclamadas e os costumes sobre os quais se assentam as leis estejam em consonância. Eles representam para a sociedade um conjunto de interesses que são considerados essenciais “[...] para sua forma de vida e, por isso, deseja preservar, como condição de sobrevivência dessa forma de vida.” (2)

A norma jurídica tem assinalada, por muitos, sua diferença da norma moral, sobretudo em razão da sanção coercitiva que acompanha a primeira e a reprovação difusa contida na violação da segunda. As normas jurídicas, de acordo com Frédéric Rouvière (3), devem ser compreendidas como forma de dirimir conflitos a partir de casos qualificados logicamente por regras indicativas e segundo uma abordagem formalista (3). No âmbito do direito penal, exige-se que tal demarcação seja rígida, impedindo que a pena sancione os desvios morais que não sejam, ao mesmo tempo, tipificados criminalmente. Isto não significa, porém, que devam ser toleradas contradições entre os dois conjuntos de preceitos, o que enfraquecerá sobremodo a efetividade da lei, porque seria difícil o respeito a uma lei que contrariasse os valores do grupo; quando os valores do grupo colidem com a lei, o ordenamento jurídico tende a ser modificado, pela via legislativa ou jurisprudencial. Exemplo disso é a sucessiva onda de legalizações do uso recreativo da marijuana em numerosos ordenamentos

estaduais dos Estados Unidos, discutindo-se, agora mesmo, a viabilidade de uma legalização federal.

Com essas considerações, deseja-se abordar as ações desenvolvidas pelo Estado para controle da COVID-19 – o que inclui a lei, tanto em sentido amplo, quanto em sentido estrito –, cuja validade têm sido alvo de contestação e de transgressão de boa parte da população, como se se tratassem de instrumentos supérfluos ou desarrazoados. Assim ocorre não só com os tipos penais voltados a prevenir a epidemia, mas também com as normas administrativas destinadas à complementação das figuras criminais, ambas que se presumiriam assentadas em valores sociais.

Como centro legítimo do poder, o conjunto das instituições que controlam e administram uma nação procura realizar as aspirações culturais, morais, sanitárias, econômicas de seus cidadãos, incluindo-os na formulação de suas ações. Por isto mesmo, se diz que as políticas públicas são uma forma através das quais o Estado se põe em ação, “[...] uma vez que é centro do poder político e da autoridade.” (4). Tais ações devem traduzir sua adequação às demandas da população e às circunstâncias em que estão inseridas, materializando-as em soluções apropriadas. Pode-se por fim, afirmar que a política pública “[...] é integrada por um sistema de leis, medidas regulatórias, cursos de ação e prioridades de financiamento relativas a um determinado tópico promulgado por uma entidade governamental.” (5)

Tem sido usual dizer que, nas sociedades liberais pós-modernas, o Estado deve recuar cada vez mais, permitindo que as forças livres e espontâneas do mercado promovam sua autorregulação e que os indivíduos possam gerir suas próprias vidas autonomamente. A COVID-19 lança dúvidas sobre esse entendimento, operando uma transformação de pensamento, como também se tem noticiado, revelando a necessidade de articulação central de ações concretas para ao enfrentamento da infecção.

Aliás, é bom que se ressalte que os valores também só se realizam no plano da vida factual “[...] por meio das obrigações, proibições e permissões que incidam sobre os comportamentos efetivos como expressão do valor considerado.” (3). Obrigar-se e responsabilizar-se é uma tarefa do homem civilizado.

O executivo federal, todavia, parece ter ignorado a gravidade da pandemia e suas sérias consequências no sentido de cumprir sua função na proteção da saúde e da vida da população brasileira, deixando de promover medidas positivas de saúde pública aprovadas internacionalmente. Essa omissão não foi absoluta, apesar das dificuldades de

reconhecimento pelo governo da União da existência de uma profunda crise sanitária no Brasil e no mundo, com a pandemia resultante da COVID-19. Não se pode, porém, ignorar algumas providências adotadas. Deve-se assinalar algumas delas, a exemplo de uma série de medidas fiscais em 2020, que incluíram ampliação dos gastos com saúde, somando 12% do PIB (6).

Pode-se referir à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que confirmou a competência concorrente dos estados, Distrito Federal e municípios para a adoção de providências normativas e administrativas por esses entes que não estariam excluídas conforme constava na Medida Provisória (MP) nº 926/2020 (6). Arguiu-se, na ação apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) que a redistribuição de poderes de polícia sanitária inserida pela MP nº 926/2020 na Lei Federal nº 13.979/2020 interferiu no regime de cooperação entre os Entes federativos, dando exclusivamente à União poderes para determinar o que são serviços essenciais e para limitar a circulação interestadual e intermunicipal de pessoas e mercadorias e, também, para decidir sobre isolamento, quarentena, interdição de locomoção (7). Em um país com as dimensões territoriais como o Brasil, esta reserva representa a decretação uma catástrofe ainda mais grave, do que essa a que se chegou. Por outro lado, deve-se admitir que o reconhecimento das competências dos estados e municípios, entes credenciados a obrigar e proibir em função da pandemia, de certa forma gerou alguma insegurança sobre as diretrizes, considerando-se a ausência de liderança de fato sobre o desenrolar desse processo.

O Congresso deu algumas contribuições importantes para mitigação do caos, declarando estado de *calamidade pública* no início da pandemia, suspendendo a obrigação do governo de cumprir a meta de saldo primário em 2020. É digna de referência, a aprovação pelo Senado de auxílio emergencial de seiscentos reais para trabalhadores informais de baixa renda, concedido durante a pandemia do novo coronavírus (6).

Especificamente, no que diz respeito aos cuidados na disseminação do vírus, foi promulgada a referida Lei nº 13.979 em 2020 (8) que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. O texto normativo trata das medidas que podem vir a ser adotadas nesse sentido, dentre as quais se incluem a) isolamento; b) quarentena; c) determinação de realização compulsória de exames e teste laboratoriais, d) uso obrigatório de máscaras de proteção individual e outras medidas profiláticas.

O caráter restritivo dessas prescrições não teve o resultado esperado. O uso de máscaras protetoras prescrito no documento legal foi repellido – inclusive pelo Presidente da República – aos mais diversos argumentos, alguns com uma suposta base sanitária, como os que dizem:

Respirar repetidamente o ar expirado se transforma em dióxido de carbono, e é por isso que nos sentimos tontos [...]. É contraproducente para as pessoas que servem o público por oito horas, pois estão se intoxicando sem saber [...] O uso prolongado da máscara produz hipóxia. (9)

Os fatos, embora não referendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e desmentidos por médicos (9), conseguiram produzir uma impressão negativa naquele que é um dos recursos mais hábeis e usuais para prevenir a contaminação e que serve como uma barreira física para a entrada e saída de agentes infecciosos pelas narinas e boca.

Outras medidas preventivas, voltaram-se para interdição de praias com alta frequência, o fechamento de bares, restaurantes e lanchonetes, dentre outros espaços frequentados pelo público com vistas evitar aglomerações que facilitassem o processo de disseminação do vírus. Pode-se afirmar, porém, que a negação que o governo federal fez da ciência e, conseqüentemente, da gravidade da pandemia para a saúde e o bem-estar dos brasileiros contribuiu, decisivamente, pela não introdução de medidas de saúde pública sancionadas internacionalmente. Além disso, parte considerável do povo encarou as medidas de *lockdown*, quando e onde ocorreram, como se fosse a instituição de um feriado prolongado, ocorrendo muita gente exatamente a esses locais de divertimento grupal que se convertem, assim, em centros privilegiados de disseminação do vírus.

Não faltaram leis, decretos visando realizar a beneficência de seus cidadãos; no entanto, sua obediência não alcançou sempre o objetivo desejado, o que forçou a adoção de medidas mais severas, incluindo o *lockdown*. As medidas sanitárias foram adotadas em caráter de urgência, a exemplo do que ocorreu com os hospitais de campanha e a compra de respiradores, a um custo muito alto para a vida e as finanças públicas. Contudo, a falta de previsão acarretou a precária distribuição de meios, havendo faltas em locais onde se revelaram necessidades prementes.

A situação de Manaus onde pessoas morreram por falta oxigênio ilustra a dificuldade de implantação de uma política positiva de saúde. Da mesma forma, a falta de planejamento na compra e distribuição de vacinas, impediu que o país pudesse apresentar dados como aqueles do Chile que dispõe de três doses de vacina por habitante. (10)

A par do Poder Público, mas também influenciada por este, a população resistiu às medidas preventivas, foi às praias, reuniu-se em eventos, usou drogas não recomendadas em caráter preventivo. Por certo, uma sociedade plural aceita e respeita as divergências de ideias e valores, mas há um nível de divergência que não é tolerado, qual seja, aquele que atinge a segurança de todos. Não se trata nesses casos de puro exercício da autonomia, uma vez que os reflexos da conduta pessoal ultrapassam a esfera de ação do indivíduo que no exercício de sua liberdade tem o dever de ser responsável com os demais. Por isso mesmo, além dos princípios de caráter ético, das normas sociais, o Estado se socorre de outros instrumentos, como os de natureza jurídica que se consubstanciam em regras específicas.

A intervenção do direito padece, então, de certa letargia, na confiança da possibilidade de cumprimento espontâneo das prescrições e orientações formuladas pelo Poder Público. Quando essa transgressão é mais agudizada, intervém o direito penal, sistema que, se auto reconhece como último recurso que de ser convocado para manutenção da situação desejada e proteção da convivência humana.

O direito penal como instrumento estatal de manutenção da saúde pública

É comum a afirmação que o direito penal constitui o braço armado do Estado, o que acontece sobretudo em razão da gravidade de sua sanção, cuja legitimação muitas vezes tem sido discutida pelos movimentos abolicionistas, não só pelo sofrimento imposto, mas também pela parcela de pessoas, em sua maioria, pobres e excluídos, que são alcançadas. Sua posição no ordenamento jurídico é sustentada pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, reserva-se sua intervenção a conflitos cuja pacificação não foi conseguida por outros meios, jurídicos ou não, e para a tutela de bens considerados mais importantes.

É bem verdade, como já disse Casabona (11), que é possível atribuir ao direito penal um papel pedagógico. Tal função, no entanto, é questionável, na medida em que pode afetar sua efetividade, abalando a confiança dos cidadãos na certeza de que seus comandos serão sancionados quando transgredidos. A norma simbólica cumpriria uma função puramente *educativa*, realçando um valor que se considera importante, mas não seria, por múltiplas razões destituída de eficácia.

No que diz respeito à saúde pública há figuras penais que punem a lesão a esse bem jurídico, sendo razoável supor-se a necessidade de intervenção do sistema, sobretudo em razão da dimensão e da gravidade da pandemia no país.

Especificamente no que diz respeito à proteção da população contra a disseminação da COVID-19, o Código Penal dispõe de duas figuras que são estreitamente correlacionadas ao tema. São tipos que anunciam o desvalor de ataques a bem jurídico considerado relevante pela comunidade, qual seja a saúde pública.

Há que se destacar as figuras dos artigos 267 e 268 do Código Penal (12) que, mais de perto, se aproximam do tema em questão. São crimes de perigo comum praticados através de ações que não foram contidas por princípios morais, valores sociais ou por determinações administrativas.

Seu caráter, possivelmente simbólico, deve-se à dificuldade de sua aplicação já que, aqui também, não há uma posição uniforme dos juristas havendo divergência quanto à legalidade dos decretos estaduais e municipais como elementos integradores do preceito do artigo 267.

O crime de epidemia

Há quem (13) exercite as diversas possibilidades de tipificação das condutas capazes de gerar um dano à vida ou à saúde por contaminação através da COVID-19 com os tipos de lesão corporal, perigo para a vida ou a saúde de outrem, perigo de contágio de moléstia grave e, ainda, homicídio. De fato, o Estado poderia valer-se de todos esses tipos, a depender da situação específica, como recursos para punir aqueles que praticassem atos passíveis de contaminação, gerando perigo para a saúde ou para a vida de outrem.

Foi noticiado (14) que uma pessoa usou saliva de terceiro contaminado e colocou na bebida de outra pessoa em Adana, na Turquia. A ingestão foi evitada por aviso de terceiro que assistira ao ato. Nessa situação, é possível pensar em algumas hipóteses de incriminação da conduta, inclusive através do artigo 131. Ocorre, todavia, que o artigo 131 do Código Penal prevê a transmissão de moléstia grave, de que sabe estar ele próprio – o agente – contaminado, o que não ocorreu no caso. Nada impede, porém, que seja convocado o artigo 132, que descreve um crime de perigo concreto para punir a ação (“Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave”) (10). Se a potencial vítima houvesse ingerido a bebida, e havendo a transmissão do vírus, poder-se-ia falar em crime mais grave, qual seja, lesão corporal grave ou gravíssima, a depender do dano causado à saúde da vítima, ou mesmo homicídio. O crime não admite modalidade culposa, de forma que se, tendo sintomas, uma pessoa não alcança a consciência de que é portadora da enfermidade

vindo a contaminar terceiro, poder-se-ia cogitar de lesões culposas. Nesse caso, não se teve o dolo de atingir de forma difusa a população, mas uma pessoa determinada.

A voluntária transgressão das medidas instituídas pela Lei nº 13.979 surpreende pela falta de solidariedade e franca vontade de oposição às normas preventivas. Foram divulgadas inúmeras festas de fim de ano, em Trancoso, em Alagoas, em Mangaratiba, promovidas por pessoas com visibilidade no mundo social e que resultaram em contaminação de boa parte dos convidados. Seria, porém, pelo menos ingênuo imaginar que houvesse qualquer dolo nesse procedimento. O que se evidenciou foi o descaso com as medidas profiláticas, seja por ignorar-se a gravidade da moléstia, seja por um fatalismo descomprometido, seja, ainda, pelo *wishful thinking* de imaginarem as pessoas que o mal que ataca outrem haverá de poupá-las. É bem verdade que se recorreu, em alguns casos, a órgãos do Estado (bombeiros, Polícia Militar), que as interromperam. De outras vezes, foi possível testemunhar o exercício de censura moral ao organizador (15).

O ideal de solidariedade, princípio constitucional que deveria orientar uma solução pacífica em face de uma crise como a que se vive, tem sido ignorado. Para evitar intervenções coativas, uma nova postura é exigida do cidadão, de forma que “se construam novas trilhas ou pontes para uma atuação solidária de todos, individual e coletivamente, em um verdadeiro pacto de solidariedade...” (16)

Como o direito não pode impor solidariedade, as figuras penais que protegem a saúde pública constituem, em tese, alternativa suficientemente forte para evitar as condutas capazes de causar pandemia. Aquele que descumpra a lei por não exercer um comportamento por ela regrado viola o sistema jurídico que é resguardado pelo direito penal, que não deve perder em sua essência valorativa. 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.

Desde a construção, os delitos são criticados sob diversos aspectos, sendo que um deles ganhou maior visibilidade após muitos anos de existência e se refere à proteção de bens supraindividuais, sobretudo quando têm a forma de crime de perigo abstrato, como ocorre com o artigo 268.

A pandemia legitima a existência de crimes coletivos, embora a casuística seja escassa por diversas razões. Antes de tudo, epidemias não cursam com frequência, embora, desde o século XVI, tenham chegado ao Brasil com os colonizadores, pontuando, posteriormente, em três ou quatro episódios nos séculos XIX e XX.

Há, numa perspectiva dogmática, ademais, uma grande dificuldade de estabelecimento da causalidade, conforme anotaram comentadores (13, 17), isto porque não se pode considerar como ação capaz de configurar o crime, aquela da pessoa que fez a festa em Trancoso, Alagoas ou Mangaratiba, porque, embora se promovesse, através desses encontros, a disseminação do vírus, não foi o fato que deu a causa à epidemia. Exemplo raro seria o de mandar alguém contaminado a uma região onde não existisse a afecção, para contaminar a população local.

O legislador refere-se a causar epidemia mediante a propagação de germes patogênicos, crime de resultado, portanto, e não de perigo. O desvalor da conduta não está diretamente ligado ao bem jurídico da vida, mas à saúde, imediatamente, porque existe uma forma qualificada da figura na qual a pena cominada é dobrada em caso de morte. Dessa forma, gera certa perplexidade a quantidade de pena cominada, qual seja de 10 a 15 anos de reclusão, porque ainda que se tratasse de disseminação rápida infecção de menor importância, a pena mínima cominada seria de dez anos.

Infração de medida sanitária preventiva

Ainda ligado à pandemia, existe o tipo contido no artigo 268 do Código Penal, qual seja, “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa” (12) que, por sua vez, atenta contra outros princípios do direito penal garantista. Critica-se, nesse caso, a redação utilizada pelo legislador, muito aberta, ferindo a legalidade, segundo muitos penalistas, por necessitar de outras normas que lhe completem o sentido. Trata-se de norma penal em branco cujo preceito vem complementado por diferentes leis, em sentido amplo. As críticas consistem exatamente nessa falta de determinação que, se, por um lado, permite que a regra se ajuste às condições sociais e culturais de um momento, por outro, dificulta o conhecimento do comando ou da proibição.

O artigo foi preenchido por inúmeras leis, das quais destacam-se a Lei nº 13.979 de 2019, já referida, alterada posteriormente pela Lei nº 14.019, do mesmo ano, que incluiu a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, por rodovias, portos ou aeroportos, e de locomoção interestadual e intermunicipal, além de outras providências acautelatórias.

A Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, por sua vez, dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na mesma Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, dispondo explicitamente sobre a prática

dos crimes previstos nos artigos 268 e 330, caso o agente venha a violar os dispositivos da mesma lei. Para obter maior eficácia, o preceito adverte que o não cumprimento das providências constitui crime permanente. Assim, enquanto durar a negativa, é possível o flagrante.

A Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, também regulamenta Lei nº 13.979, dispondo sobre as circunstâncias nas quais serão obrigatórios o isolamento e a quarentena e quem é a autoridade competente para determiná-los. A organização política sob forma de federação permitiu que Governos estaduais, através de decretos, proibissem atividades que envolvem aglomeração de pessoas, como shows, feiras, apresentações circenses, eventos científicos, passeatas, bem como abertura e funcionamento de zoológicos, museus, teatros, dentre outros. Há, enfim, uma “cascata de normas”, segundo Eduardo Viana (13), que contêm o material que o cidadão comum deve conhecer para que o princípio da legalidade seja, efetivamente, cumprido, o que de fato não ocorre.

As normas, sob essa perspectiva são, preponderantemente, simbólicas no sentido de serem destituídas de efetividade, na medida em que a sua capacidade transformadora da realidade não é exercitada e sua aplicação contestável.

É importante ressaltar, entretanto, que a discussão dogmática sobre compatibilidade da proibição do artigo 268 com o princípio da legalidade assume uma proporção incompatível com a necessidade de providências no contexto vivenciado de enfrentamento epidemia. No caso da COVID-19, as normas administrativas editadas pelas Secretarias de Saúde, em âmbito local, não teriam, segundo os que se consideram penalistas liberais, a capacidade de legitimar a proibição a qual tem hierarquia federal. Sustentam, dessa forma, o esvaziamento do conteúdo normativo capaz de orientar o alcance do tipo do artigo 286 do Código penal. Assim, a ação dos entes da federação os quais procuraram, em face do vazio do executivo federal, adotar medidas de prevenção contra a difusão do contágio, perdem parte de seu vigor.

Ocorre que a interpretação da norma deve ser realizada conforme o contexto em que será aplicada, de forma que, no caso concreto, a vontade de não se submeter aos comandos legais em situações tais como a pandemia, merece respostas mais incisivas. Ana Elisa Bechara (18), que tem uma visão restritiva do alcance dos tipos, reconhece, que se deve interpretar a conduta do agente de acordo com relações sociais concretas, uma vez que o conteúdo dos tipos critério jamais se exaure na descrição do legislador. Há que se

reconhecer que as regras de convivência social quando impostas por lei, denotam que os membros de determinada sociedade a valorizam tanto que a elevaram a essa categoria de lei.

A realidade de 411.854 óbitos e 14.860.812 casos no total, por COVID-19, e de outras 3.025 ocorridas em 24 horas (19), serve como cenário importante para conferir um sentido não tolerável às transgressões dos mandamentos do Poder Público.

Ainda assim, sem efetividade, há um projeto na Câmara Federal para a criação de mais uma figura diretamente ligada às epidemias, que não se restringe apenas à vacina contra a COVID-19, mas alcança todos os imunizantes que sejam partes de uma política do Poder Público, para conter o alastramento de infecções. Trata-se do Projeto de Lei nº 25/2021 (20), que pretende tornar crime furar a fila da vacinação e acrescenta duas outras figuras ao Código Penal:

- a) o peculato qualificado por desvio ou apropriação de insumos médicos, terapêuticos, sanitários, de vacina ou imunização, particulares ou públicos;
- b) o uso de cargo para benefícios nos planos de vacinação e o de peculato específico para o contexto de saúde. (20)

Ambas serão punidas com prisão de 3 a 13 anos, além de multa. Por maior que seja a reprovabilidade dessas condutas, pode-se, de antemão, questionar sua potencialidade para produzir efeito real, com a inibição desejada. Pode ser que se trate de outras normas destituídas de outro fim que não seja de aplacar as inquietações da comunidade. Acresce o fato de que raramente a possível sanção ao desvio se manifesta com a celeridade que seria necessária ao efeito da norma como dissuasor da conduta que afirma desvaliosa.

Estas formas de transgressão deixam claro que são consequência da falta de exercício de valores e princípios essenciais à convivência social, fortalecendo a demanda de sanção penal. No entanto, é oportuno insistir, que “[...] a construção de uma sociedade pautada no ideal de solidariedade, a ser exercido tanto pelo Estado, quanto pelos indivíduos [...]” pode proporcionar o recuo da sanção criminal (14).

Considerações finais

A prevenção e o controle da infecção causada pelo coronavírus demandariam ações articuladas dos diversos órgãos do Poder Público e respeito da sociedade às suas prescrições. Acredita-se que essa articulação permitiria a efetividade das leis e das

providências tomadas pelo Estado, pautadas em princípios constitucionais e voltadas para proteger a saúde pública.

Por certo, numa sociedade plural, o Estado democrático respeita as diversidades, que são repudiadas apenas com uma sanção moral. Em situações de gravidade, todavia, não basta a reprovação moral, é preciso que o Poder Público se valha de recursos proibitivos.

Alguns entes da federação e do Poder Público desenvolveram esforços no sentido de evitar o colapso da economia e tomaram providências (emergenciais, todavia) para evitar maior número de doentes e mortos. Houve, porém desencontros importantes entre o Poder central e os demais Poderes da união e omissão do primeiro no sentido de incorporar, nas políticas internas, conhecimentos construídos sobre o saber científico divulgados pela comunidade internacional. Faltou resposta política coordenada e segura, voltada para o interesse público, atitude essencial para o gerenciamento da pandemia.

Por outro lado, houve franca insubordinação de parcelas da sociedade brasileira no cumprimento das orientações elaboradas para o enfrentamento da epidemia. As violações à Lei nº 13.979 de 2020, elaborada pelo Congresso Nacional, tornaram-se triviais em diversos aspectos, desde a formação de aglomerações proibidas até a renúncia ao uso de máscaras de proteção. Teoricamente, o direito penal deveria reagir aos fatos com os dispositivos aplicáveis a cada caso, o que não ocorreu, seja pela forma como as figuras foram construídas, seja pelo grande apego de penalistas às discussões formais.

A figura do artigo 267 – causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos – padece de dificuldades na demonstração da causalidade entre ação e resultado e, conseqüentemente, na definição de autoria, uma vez que a OMS caracteriza o fenômeno pelo elevado número de casos novos e sua rápida difusão, não bastando, portanto, a transmissão do coronavírus a outrem para configurar tipicidade.

O tipo contido no artigo 268, por sua vez, é objeto de elaboradas discussões dogmáticas sobre sua complementação, por se tratar de norma penal em branco. Afirma boa parte dos doutrinadores que as normas, cuja origem é a esfera estadual ou a municipal de poder, não podem preencher a figura criada pelo Legislativo Federal, em respeito ao princípio da legalidade.

O cumprimento dessas exigia apenas um discernimento mínimo de cada qual na salvaguarda de sua saúde e da saúde do outro. A natureza pandêmica da COVID-19 torna indubitoso o dever de solidariedade, cuja violação estimula o uso do direito penal em sua função preventiva pode produzir efeitos sanitários necessários.

Conclui-se que, apesar dos esforços de algumas autoridades, os efeitos negativos de omissões governamentais e dos cidadãos continuam a representar riscos importantes para a saúde dos brasileiros em face da pandemia. Falta resposta política articulada, fundada nos conhecimentos construídos sobre o saber científico. Falta também solidariedade e o respeito dos indivíduos ao interesse coletivo e às normas públicas que nos mantêm atados como cidadãos de um mesmo ente político.

Referências

1. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. [citado em 29 dez. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.
2. Rocha A S. Corrupção: conceitos e reflexões. Curitiba: Juruá Editora; 2018. p. 45.
3. Rouvières F. La distinction des normes juridiques et des normes morales: un point de vue constructiviste. Les Cahiers de Droit [Internet]. Mar 2018 [citado em 27 fev. 2021];59(1)261-83. Disponível em: <https://id.erudit.org/iderudit/1043692ar/>
4. Souza C. Apresentação: estado e políticas públicas: de que estamos falando? Revista Eletrônica de Ciência Política [Internet]. 2013 [citado em 16 fev. 2021];4(1-2). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/politica/article/view/34817>
5. Kilpatrick DG. Definitions of public policy and the law. National Violence Against Women Prevention Research Center [Internet]. Columbia: University of South Carolina; 2020 [citado em 27 fev. 2021]. Disponível em: <https://mainweb-v.musc.edu/vawprevention/policy/definition.shtml>
6. International Monetary Fund. Policy responses to Covid 19 [Internet]. 2021 [citado em 4 maio 2021]. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19>
7. Confederação Nacional dos Municípios. Combater o coronavírus é competência dos entes federados [Internet]. 2020 [citado em 14 abr. 2021]; Notícias. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/combater-o-coronavirus-e-competencia-concorrente-dos-entes-federados-confirma-stf>
8. Brasil. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm
9. Checamos: usar máscaras de proteção não provoca falta de oxigênio. Estado de Minas Internacional [Internet]. 5 maio 2020 5 [alterado em 20 maio 2020; citado em 7 fev. 2021]. Fact-checking [1 p.]. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/factcheck/2020/05/05/interna_internacional_1144992/checamos-usar-mascaras-de-protacao-nao-provoca-falta-de-oxigenio.shtml

10. Passarinho N, Neto Vecina G. 3 erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil. BBC [Internet]. 2021 [citado em 6 maio 2021]. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56160026>
11. Casabona C M R. Genética, biotecnologia e ciências penais. Salvador: Juspodium, 2012. p. 51-60.
12. Brasil. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. 7 dez 1940 [citado em 2021 fev. 27]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm
13. Montenegro L, Viana E. Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal: algumas reflexões sobre os tipos penais relevantes numa situação de epidemia e pontos legislativos controversos. Jota [Internet]. 23 mar. 2020 [citado em 10 set. 2020]; Penal em Foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>
14. Homem é acusado de tentar assassinar chefe com saliva contaminada por COVID-19. UOL [Internet]. 9 fev. 2021 [citado em 2021 jan. 8]; Últimas notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2021/02/09/homem-e-acusado-de-tentar-assassinar-chefe-com-saliva-contaminada-por-COVID-19.htm?cmpid=copiaecola>
15. Lemos N. F***-se a vida: “coronafest” dos influenciadores é uma tragédia sanitária. UOL [Internet]. 28 dez. 2020 [citado em 2021 fev. 27]; [Universa]. Disponível em <https://www.uol.com.br/universa/colunas/nina-lemos/2020/12/28/f-a-vida-influenciadores-que-promovem-coronafest-sao-ameaca-sanitaria.htm?cmpid=copiaecola>
16. Carvalho MHP, Miranda MLL. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. 18 de março de 2021 [citado 5 de maio de 2021];10(1):13-38. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>
17. Leite G. Direito Penal e o combate ao COVID-19. Jornal Jurid [Internet]. 2020 abr. 22 [citado em 15 set. 2020]. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/direito-penal-e-o-combate-ao-COVID-19>
18. Bechara AELS. Valor, norma e injusto penal. Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo [Tese]. São Paulo: Departamento de Direito Penal, medicina forense e criminologia, USP; 2017.
19. Números do Coronavírus: Entenda o avanço da Covid-19 n Brasil e no mundo. Gazeta do Povo [Internet]. Curitiba, Paraná: GrPCom. 12 fev. 2021 [citado em 27 fev. 2021]; Especiais. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/coronavirus/numeros/>
20. Brasil. Câmara dos Deputados. PL nº 25/2021. Acresce os arts. 268-A, 312-A e 317-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar as condutas de infração de medida de imunização, de peculato de vacinas, bens medicinais ou terapêuticos, bem como de corrupção em planos de imunização. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2268644>



Colaboradores

Minhaim MA contribuiu com a redação do artigo; Costa LGS contribuiu com a revisão crítica do conteúdo.

Submetido em: 01/03/21

Aprovado em: 10/05/21

Como citar este artigo

Minhaim MA, Costa LGS. Instrumentos de ação do Poder Público empregados para o enfrentamento da COVID-19: a necessária articulação de comportamentos. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2021 abr./jun.;10(2):123-138.

<https://doi.org/10.17566/ciads.v10i2.768>