

O direito em tempos de pandemia: apontamentos sobre o conflito entre liberdades individuais e o interesse público à luz da experiência brasileira

Legal rights in times of pandemic: notes about the conflict between individual freedoms and public interest in the light of the Brazilian experience

André Ricci de Amorim¹

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Gabriela Borghi Affonso²

Ordem dos Advogados do Brasil

Giulia Parola³

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Sumário: Introdução; 1 Breves definições: surto, endemia, epidemia e pandemia; 2 O conflito entre liberdades individuais e o interesse da coletividade; 3 A pandemia de covid-19 e a perspectiva do Estado brasileiro frente a um problema global; 4 Aspectos penais das normas editadas pela União em razão da pandemia; Considerações Finais; Referências.

Resumo: desde o final de dezembro de 2019, tem se ouvido muito falar acerca de uma doença infecciosa do trato respiratório causada pelo coronavírus (Covid-19). Para além da dificuldade dos profissionais de saúde no manejo direto com os pacientes infectados ou que apresentam sintomas suspeitos, os instrumentos jurídicos têm sido de suma importância na tentativa de conter o avanço da doença. Neste contexto, o presente trabalho discorre sobre a possibilidade de restrição das liberdades individuais, primeiramente, sob uma ótica Constitucional e, em um segundo momento, sob a ótica do Direito Penal, a partir da análise dos esforços engendrados pelo Estado brasileiro. Para tanto, a pesquisa se valerá de conceitos elaborados pela doutrina especializada e de instrumentos jurídicos a nível federal, bem como empregará o método hipotético-dedutivo de abordagem, partindo da hipótese de que em determinadas situações o interesse público poderá se sobrepor aos interesses individuais.

Palavras-chave: Pandemia. Covid-19. Interesse Público. Liberdades Individuais. Princípio da legalidade.

¹ Doutorando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador no Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado e Professor Universitário.

² Mestre em Direito Criminal pela Universidade de Coimbra, Portugal, com período de pesquisa acadêmica na Universidade de Salamanca, Espanha (2017). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pesquisadora do Grupo de Estudos Direito, Globalização e Cidadania. Advogada.

³ Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutora em Direito pela Université Paris V René Descartes (França) e Università degli Studi di Torino (Italia), LLM em Direito internacional do Meio Ambiente pela University of Iceland (Islândia) e mestre em Direito pela Università degli Studi di Torino (Italia). Graduada em Direito pela Università degli Studi di Torino (Italia). Atualmente é professora visitante estrangeira na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Abstract: Since the end of December 2019, we have heard a lot about an infectious disease of the respiratory tract caused by the coronavirus (Covid-19). In addition to the difficulty of health professionals in direct management with infected patients or those with suspicious symptoms, legal instruments have been of paramount importance in trying to contain the progress of the disease. Along this path, the present work analyzes the possibility of restricting individual freedoms, firstly from a Constitutional point of view and then from the perspective of Criminal Law, based on the efforts engendered by the Brazilian Government. Therefore, the research will use concepts developed by specialized doctrine and legal instruments at federal level, as well as using the hypothetical-deductive approach, based on the hypothesis that in certain situations the public interest may override individual interests.

Key-words: Pandemic. Covid-19. Public Interest. Individual Freedoms. Principle of legality.

INTRODUÇÃO

A pandemia do novo coronavírus tem desafiado, de forma inédita nos tempos recentes, autoridades públicas de diversos países a conter o seu avanço, visando evitar a numerosa perda de vidas, o esgotamento do sistema de saúde pública e a degradação da atividade econômica. No entanto, a imprescindível atuação dos Estados na contenção da pandemia e na proteção da população acabou por impor restrições a direitos e garantias individuais como há muito não víamos.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva discorrer sobre como a recente pandemia reverbera no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção às hipóteses de restrição das liberdades individuais em função da doença infecciosa causada pelo coronavírus, primeiramente, sob uma ótica constitucional e, em um segundo momento, sob a ótica do direito penal.

Sob esse espectro, a primeira seção buscará abordar conceitos comuns para as ciências biológicas, tais como surto, endemia, epidemia e pandemia e sobre a competência para reconhecer esta última.

Ato contínuo, a segunda seção discorrerá sobre a dicotomia entre liberdades individuais e direitos coletivos, em especial, no contexto de atipicidade que atualmente vivenciamos em razão da pandemia. Ademais, serão apresentados os estados de emergência previstos constitucionalmente e a (in)viabilidade de sua instauração em razão da atual circunstância excepcional.

O terceiro tópico buscará apresentar um panorama de como a atual pandemia tem impulsionado as ações a nível federal, analisando-se, para tanto, os principais aspectos das normas editadas pela União.

A quarta seção, por sua vez, examinará os aspectos controvertidos das disposições de cunho penal contidas nas normas promulgadas pela União em razão da emergência de saúde pública, visando responder se tais dispositivos foram editados à luz do princípio da legalidade e se sua aplicação, após a cessação da pandemia, configura violação ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Por fim, serão tecidas considerações acerca da (in)eficácia da imposição de pena privativa de liberdade para a contenção da pandemia.

Consigne-se, por oportuno, que em razão deste tema ser inusual e estar em constante mudança, optou-se por fazer um recorte temporal limitando o exame da atuação do Estado brasileiro no período dos meses subsequentes ao anúncio da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, de que a Covid-19 trata-se de uma pandemia⁴. Tal limitação temporal ocorre em função de as mudanças mais significativas

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 07 mai. 2020.

no ordenamento jurídico brasileiro terem ocorrido no primeiro trimestre do ano corrente, sendo intercalado por momentos de maior rigidez e brandura das regras de distanciamento social.

1 BREVES DEFINIÇÕES: SURTO, ENDEMIAS, EPIDEMIA E PANDEMIA

Logo no início do ano de 2020 ouviu-se muito falar de uma infecção viral que causa sintomas como febre, tosse, falta de ar, dificuldades respiratórias e, nos casos mais severos, pode causar pneumonia, síndrome respiratória aguda grave, insuficiência renal e até mesmo a morte. Trata-se do coronavírus, grupo de vírus causador da doença infecciosa conhecida como Covid-19 (*COrona VIRus Disease 2019*).

Os primeiros relatos da doença, ainda em dezembro de 2019, remetem ao continente Asiático, especificamente, na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, China. O que inicialmente era um surto infeccioso ganhou proporções dantescas nas semanas subsequentes. Assim, o que inicialmente era um problema local, logo se tornou uma preocupação sanitária da sociedade internacional.

Portanto, antes de adentrarmos nas implicações jurídicas deste tipo de situação, importa apresentar, ainda que em apertada síntese, a distinção dos termos geralmente empregados pelas autoridades sanitárias, tais como: surto, endemia, epidemia e pandemia.

Neste primeiro momento, a par de definir os termos supracitados, lançou-se mão de uma cartilha produzida pelo Ministério da Saúde brasileiro, que preleciona que o surto pode ser entendido como o aumento do número de casos de determinada doença, porém dentro de limites geográficos muito restritos, ou, ainda, como "o aumento do número de casos de uma doença em uma área específica, considerada livre da mesma"⁵.

No que diz respeito ao conceito de endemia, o mesmo material aduz se tratar da "ocorrência de certo número de casos controlados em determinada região"⁶. Dessumese, portanto, ser algo mais relevante que o surto, porém ainda controlável dentro de determinada região.

Ato contínuo, o material do Ministério da Saúde informa que a epidemia ocorre quando uma doença infecciosa se espalha rapidamente para muitas pessoas, "muito acima do esperado e não delimitado a uma região"⁷.

Por fim, cumpre destacar que uma pandemia ocorre quando há um elevado número de casos de determinada doença infecciosa acima do esperado e que, além disso, se espalha por vários países ou continentes, geralmente afetando um grande número de pessoas⁸.

Sobre isso, Gostin e Berkman asseveram que existem alguns requisitos a serem cumpridos para que uma nova moléstia possa ser classificada como pandemia, tais como: *i)* um novo subtipo viral é identificado em populações de animais, como suínos ou aves; *ii)* o vírus se espalha para animais em um cenário geográfico mais amplo; *iii)* o vírus salta de animais para humanos ineficientemente; *iv)* o vírus se espalha mais eficientemente de animais para seres humanos; *v)* a transmissão ineficientemente entre seres humanos é documentada; e *vi)* em razão das mutações sofridas, emerge uma transmissão eficiente entre seres humanos⁹.

Sem embargo, importa ressaltar as lições de Peter Doherty, vencedor do prêmio Nobel de Fisiologia/Medicina em 1996, ao informar que as infecções pandêmicas são, por definição, problemas globais que não podem ser debatidos exclusivamente pelas

⁵ BRASIL. *Projeto de Profissionalização dos Trabalhadores da Área de Enfermagem*. Profissionalização de auxiliares de enfermagem: cadernos do aluno: saúde coletiva. 2 Ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

⁹ GOSTIN, L. O.; BERKMAN, B. E. *Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public's Health*. *Administrative Law Review*, n. 59, 2007, p. 124.

autoridades de um único Estado¹⁰. Isso porque, existem vários epidemiologistas, estatísticos e outros profissionais que trabalham conjuntamente na Organização Mundial da Saúde (OMS), cuja responsabilidade é justamente esta: declarar se uma pandemia está ocorrendo ou não.

Com efeito, a Organização Mundial da Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o novo coronavírus constitui uma *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional* (ESPII), em razão do potencial de disseminação do vírus e, por isso, deve compreendido como uma pandemia¹¹.

Diante deste cenário no qual a sociedade internacional, amparada pela pesquisa científica, busca uma solução para conter o avanço de uma doença classificada como pandemia, a ciência jurídica começa a ser desafiada a garantir a realização do interesse coletivo, sem que isto implique no perecimento de direitos fundamentais e liberdades individuais. Confirmamos na próxima seção algumas destas possíveis situações.

2 O CONFLITO ENTRE LIBERDADES INDIVIDUAIS E O INTERESSE DA COLETIVIDADE

Ao tratar do controle de doenças infecciosas no contexto de uma pandemia, por exemplo, seria crível, *a priori*, imaginar tão somente a sua relação com políticas públicas em matéria de saúde. Contudo, embora seja extremamente necessário seguir as orientações técnicas das autoridades sanitárias, não se pode perder de vista que algumas medidas podem, igualmente, ter repercussões jurídicas.

Nessa ordem de ideias, o presente trabalho propõe breves reflexões sobre a recente celeuma causada pela pandemia que assola toda a humanidade. Assim, imagine a situação vivida por vários Estados que, na tentativa de frear o avanço da Covid-19, limitaram a liberdade de reunião e circulação. Ora, no Estado Democrático de Direito há de se apregoar, certamente, o respeito às liberdades individuais, dentre as quais se encaixa o direito de reunião e circulação, de modo que, em situações de crise como esta, usualmente nos deparamos com a seguinte dicotomia: direito individual *versus* o interesse da coletividade.

Na perspectiva dos Direitos Humanos, o respeito às liberdades individuais, como é o caso da liberdade de reunião e circulação, é compreendido como direito de primeira geração. Portanto, são direitos às prestações negativas, na medida em que o Estado tem o dever de resguardar a esfera de autonomia da pessoa humana. Assim, o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo, de abstenção, quanto ativo, já que seria possível exigir do Estado atuação para garantir, por exemplo, a segurança pública¹².

Já o interesse da coletividade, de acordo com a teoria das gerações dos direitos humanos, é classificado como direito de segunda geração. De acordo com Pedro Lenza tais direitos remetem à Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, quando se passou a defender a conclamação de direitos de igualdade que atendessem a coletividade. Assim é que podemos trazer como exemplo o direito à saúde, educação e moradia, dos quais se demanda do Estado uma prestação positiva para a sua garantia¹³.

Embora não exista hierarquia entre as gerações dos direitos humanos e que a ideia destes direitos remeta num primeiro momento ao Direito Internacional, importa salientar que a sua apresentação interna se demonstra sob o caráter dos direitos fundamentais presentes nas constituições nacionais. Noutros termos, Valério Mazzuoli

¹⁰ DOHERTY, P. *Pandemics: What Everyone Needs to Know*. Nova York: Oxford University Press, 2013.

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 07 mai. 2020.

¹² RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 57.

¹³ LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1175.

informa que os direitos humanos são direitos que já atingiram o patamar de Direito Internacional Público, por isso, se distinguem dos Direitos Fundamentais que, embora possam ter o escopo de proteção semelhante, estão presentes nas constituições dos Estados¹⁴.

Em consonância com o ordenamento jurídico interno, observa-se que a Constituição Brasileira de 1988 dispôs no Artigo 5º as garantias fundamentais, com especial atenção à liberdade de locomoção e reunião. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Além da liberdade de locomoção e reunião, não se pode olvidar que o direito à saúde, entendido como direito de segunda geração, também está presente em nossa Carta Magna e se mostra como um dever do próprio Estado em favor da coletividade. *In verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, como consequência da dinâmica da ciência jurídica e da própria sociedade, evidente que em alguns momentos pode haver conflitos entre estes direitos e, por isso, exige-se do operador do direito a ponderação e sopesamento dos bens jurídicos tutelados¹⁵.

Em situações excepcionais, como é o caso deste período no qual se busca combater o avanço da Covid-19, é possível observar que muitos Estados privilegiaram o melhor interesse da coletividade em detrimento da liberdade individual quando limitaram a circulação de pessoas em seu território¹⁶. Em todo caso, quaisquer medidas adotadas pelo Estado precisam ser pautadas nos princípios que regem a ciência jurídica, tais como o princípio da legalidade, proporcionalidade, publicidade e prevalência do interesse público sobre o privado.

No ponto, a nossa Constituição apresentou alguns meios viáveis de limitar a liberdade de reunião e locomoção em circunstâncias excepcionais, ou também entendidas como situações de emergência.

Esta noção de estado de emergência é muito bem desenvolvida por Aricê Santos quando, ao tratar do sistema constitucional das crises, informa que se trata de um "conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da

¹⁴ MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 804.

¹⁵ RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁶ HOROWITZ, J. *Italy Announces Restrictions Over Entire Country in Attempt to Halt Coronavirus*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/09/world/europe/italy-lockdown-coronavirus.html>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional”¹⁷.

Assim, a Constituição de 1988 prevê a possibilidade de aplicar, frise-se, excepcionalmente, duas medidas para restauração da ordem nos momentos de anormalidade que no início deste período foram bastante comentadas, são elas: o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, plasmados nos artigos 136 e 137, respectivamente. Senão, veja-se:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.
(...)

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:
I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

De acordo com Alexandre de Moraes, a primeira seria uma forma menos abrupta de limitar algumas liberdades, sem que se exija do Presidente da República solicitar prévia autorização do Congresso Nacional para que se proceda na sua decretação. Contudo, o autor lembra que o decreto presidencial deve limitar o prazo, local e medidas coercitivas a serem implementadas, sendo certo que todos os atos devem ser fundamentados na Constituição e estão passíveis de controle de legalidade¹⁸.

Já o Estado de Sítio seria uma medida de suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, porém mais severa, já que para a sua decretação o Presidente da República precisa, necessariamente, da autorização da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Ainda, este só poderia ser decretado quando as medidas do Estado de Defesa não se mostrem suficientes, nos termos do art. 137, I da Carta Magna.

Portanto, adentrando a um dos problemas deste trabalho, seria possível, em situação extrema e excepcional, a instauração de Estado de Defesa e, eventualmente, Estado de Sítio em função da propagação da Covid-19?

Reitera-se que a problemática se enquadra em um viés mais próximo da realidade brasileira diante da veiculação de notícias no sentido de que a Presidência da República teria solicitado, em março de 2020, parecer de alguns ministérios sobre eventual decretação de Estado de Sítio em razão da pandemia do coronavírus¹⁹.

Ora, ao analisar o artigo 136 da nossa Carta Magna, nota-se que seria possível a instauração do Estado de Defesa para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou quando atingida por calamidade de grande proporção na natureza.

Sobre este segundo pressuposto – calamidade de grandes proporções na natureza – vale mencionar que o legislador constitucional não esmiuçou o conceito de calamidade na natureza. Portanto, seria possível encontrar quem entenda que a incidência

¹⁷ SANTOS, A. M. S. *O Estado de Emergência*. Revista dos Tribunais, 1989, p. 32 (originalmente apresentada como dissertação de mestrado na PUCSP).

¹⁸ MORAES, A. *Direito Constitucional*, 34. Ed. São Paulo: Grupo GEN - Grupo Editorial Nacional, 2017.

¹⁹ Sobre isso, embora tenha sido posteriormente negado pela Presidência da República, diversos meios de comunicação noticiaram o fato, sendo o primeiro deles a revista *Crusoe* (GADELHA, I. *Planalto encomenda parecer sobre estado de sítio*, publicado em 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://crusoe.com.br/diario/planalto-encomenda-parecer-sobre-estado-de-sitio/>>. Acesso em: 30 mai. 2020).

de uma infecção generalizada da população, causada por um microrganismo presente na natureza, por afetar a relação simbiótica entre o homem e o meio ambiente poderia, a depender do seu alcance, afetar a ordem pública ou a paz social.

Por sua vez, em oportuno escólio sobre o tema, não custa trazer a lume a advertência trazida por José Afonso da Silva acerca da calamidade na natureza, no sentido de que "nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa"²⁰.

Deste modo, cumpre mencionar que a pandemia do novo coronavírus não gerou no Brasil, até o presente momento, tamanha instabilidade da ordem pública ou da paz social que justifique a instauração das medidas plasmadas nos artigos 136 e 137, do ordenamento maior. Isso porque, ainda existem medidas alternativas para o controle e debelação da moléstia que vem assolando o mundo ao longo deste último ano.

Sobre o tema, a Ordem dos Advogados do Brasil emitiu parecer manifestando-se, de forma inequívoca, "pela inconstitucionalidade de qualquer tentativa de decretação de estado de sítio em face da atual emergência do novo coronavírus (Covid-19), que só serviria como instrumento de fragilização de direitos e de garantias constitucionais", pois tal conduta não demonstra a real necessidade do momento. Ao ensejo, o Egrégio Órgão de Classe expôs que:

Em nossa ordem constitucional de 1988, uma série de cautelas e de limites jurídicos e institucionais visam a adequar um eventual recurso ao estado de sítio à regra democrática. Como todos os instrumentos excepcionais, o estado de sítio é regido pelos princípios da excepcionalidade, da necessidade, da temporariedade e da obediência estrita à Constituição Federal, além de se submeter a controles políticos e judiciais.

A excepcionalidade, que não pode se confundir com arbitrariedade, restringe o estado de sítio a situações absolutamente atípicas e anormais. O princípio da necessidade estabelece que o recurso à medida somente se justifica na ausência de meio menos gravosos, apresentando-se como *ultima ratio* na defesa do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, a temporariedade impõe a fixação de um prazo determinado de vigência do estado de sítio, e a obediência estrita à Constituição requer o cumprimento diligente e rigoroso de todos os termos, procedimentos e condições previstas. (...)

Não há dúvida de que a situação atual produz sensações de pânico e de temor na população. Esses sentimentos não podem, no entanto, ser explorados para autorizar medidas repressivas e abusivas que fragilizem direitos e garantias constitucionais. A resposta esperada do Estado não deve ser a ampliação de seu arsenal repressivo, mas sim a expansão de sua capacidade de assistência e de proteção social dos cidadãos, principalmente os mais vulneráveis.

(...)

Por fim, cabe fazer uma necessária distinção. Não é possível comparar as restrições abusivas que decorreriam da decretação de estado de sítio às medidas restritivas sobre direitos, como a liberdade de circulação e de reunião, fundamentadas em questões médicas e sanitárias. A legitimidade dessas medidas decorre da autoridade sanitária que as determina com foco exclusivo na

²⁰ SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivado*, 20ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 740.

prevenção e na contenção de um vírus caracterizado pela enorme velocidade de contágio²¹.

Por fim, ressalte-se que a instauração de qualquer dos referidos atos que venha a ser praticado no âmbito do Poder Executivo poderá ser balizado pelo Poder Judiciário, a fim de coibir eventuais abusos e ilegalidades, por meio de mandado de segurança e *habeas corpus*, uma vez que tais medidas não configuram a supressão total dos direitos e liberdades individuais e nem podem servir como instrumento para isentar de responsabilidade os agentes políticos que agem em desrespeito à Constituição e às leis²².

Sobre isso, vale mencionar as recomendações elaboradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Resolução n. 1/2020, na qual se sugere aos Estados que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como é o caso do Brasil, a procederem no: *i*) fortalecimento da independência e atuação dos poderes públicos e instituições de controle; *ii*) respeito e não restrição ao trabalho da imprensa e dos defensores de direitos humanos na cobertura da pandemia, a fim de contemplarem o acesso à informação; *iii*) atenção aos grupos em situação de especial vulnerabilidade; dentre outras²³.

3 A PANDEMIA DE COVID-19 E A PERSPECTIVA DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE A UM PROBLEMA GLOBAL

Embora o Governo Federal não tenha decretado qualquer um dos estados de exceção constitucionalmente previstos em nossa Carta Magna, a hodierna situação de grave crise e instabilidade – mormente porque em xeque valores caros como a saúde e a vida – deu azo à tomada de medidas mais rigorosas, que implicam a restrição de alguns direitos e garantias fundamentais.

Frise-se, *a priori*, que em razão do tema sob análise estar em constante mudança, optou-se por fazer um recorte temporal limitando a análise acerca da atuação de Estado brasileiro no primeiro trimestre do ano de 2020, período no qual se observou uma grande edição de instrumentos jurídicos colimados a controlar o avanço da moléstia no Brasil. Ressalte-se que nos meses subsequentes, malgrado tenham sido editadas novas normas envolvendo a temática, alternaram-se momentos com maior rigidez regulamentar e outros com certa brandura em função da diminuição do número de pessoas acometidas com a Covid-19.

Nesse sentido, cumpre iniciar a explanação pela Lei Federal n. 13.979, publicada em 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas pelo Governo Federal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus e prevê, dentre outras medidas, hipóteses específicas bastante restritivas das liberdades individuais, a saber: *i*) isolamento; *ii*) quarentena; *iii*) determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos; *iv*) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; *v*) restrição excepcional e temporária por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País e de locomoção interestadual e intermunicipal; e *vi*) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa, conforme art. 3º do referido diploma legal²⁴.

²¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Parecer PCO/OAB do Conselho Federal*, emitido em 20 mar. 2020. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB_estado-sitio_crise-coronavirus.pdf.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2020.

²² MORAES, A. *Direito Constitucional*, 34. Ed. São Paulo: Grupo GEN - Grupo Editorial Nacional, 2017.

²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - Resolução 1/2020*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

²⁴ Frise-se, por oportuno, que o art. 3º da Lei n. 13.979/2020 prevê, ainda, as medidas de *i*) estudo ou investigação epidemiológica e *ii*) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde, as quais não foram mencionadas

Nos termos da legislação em comento, o isolamento compreende “a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas”, enquanto o termo quarentena é definido como “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação”, consoante o art. 2º, incisos I e II. Ressalte-se que tal restrição visa obstar a possível contaminação ou a propagação da Covid-19.

Frise-se, por oportuno, que a Portaria n. 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, que regulamenta e operacionaliza o disposto na Lei nº 13.979/2020, esclarece que “a medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local”, enquanto “a medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado”, conforme arts. 3º e 4º, respectivamente²⁵.

É de se ver, ainda, que as medidas estabelecidas na lei *sub examine* “objetivam a proteção da coletividade” (art. 1º, § 1º). Portanto, nos é possível deduzir que o fundamento jurídico inspirador e autorizador das referidas imposições é o interesse público e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, tais medidas encampam a sugestão da Organização Mundial da Saúde baseada nos bons resultados obtidos na China, em especial, a adoção do isolamento aos pacientes sintomáticos e da quarentena aos comunicantes da doença²⁶.

Posteriormente, visando regulamentar e trazer a necessária efetividade às medidas previstas na Lei n. 13.979/2020, os Ministérios da Saúde e Justiça e Segurança Pública, em atuação conjunta, editaram a Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, bem como sobre a responsabilidade pelo seu descumprimento²⁷.

A Portaria supracitada informa no art. 3º que o agente infrator das medidas previstas na Lei n. 13.979/2020 poderá ser responsabilizado na esfera civil, administrativa ou penal, podendo, excepcionalmente, ser imposta sua prisão. Cumpre pontuar que a possibilidade de imposição de pena restritiva de liberdade na hipótese e os demais reflexos penais decorrentes de referidas normas serão objeto de estudo da próxima seção deste trabalho.

No que tange à atuação do Estado brasileiro, sobeja ainda mencionar que o Congresso Nacional aprovou, em 20 de março de 2020, o pedido de reconhecimento de calamidade pública enviado pelo Governo Federal diante da pandemia de coronavírus²⁸. O estado de calamidade pública resta definido no art. 2º, IV, do Decreto n. 7.257/2010, como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”²⁹.

por não implicarem em restrição à liberdade do cidadão (BRASIL. Lei 13.979/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020).

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Report of the WHO China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 16-24 February 2020*. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

²⁷ BRASIL. Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

²⁸ BRASIL. Decreto Legislativo n. 6/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

²⁹ BRASIL. Decreto n. 7.257/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 31 jun. 2020.

Na prática, a consequência mais relevante do reconhecimento do estado de calamidade pública é a permissão do descumprimento da meta fiscal, de modo a permitir que sejam gastos mais recursos no combate à situação anômala em que o país se encontra. Na hipótese vertente, o objetivo é possibilitar o gasto de recursos públicos no combate ao coronavírus e no suporte à economia. Saliente-se que a medida de reconhecimento do estado de calamidade pública, diversamente do que ocorre nos casos de estado de defesa ou de sítio, não possui previsão constitucional, encontrando respaldo legal no decreto supramencionado.

Para além dos esforços engendrados pela União, não se pode olvidar que as unidades da federação também tomaram algumas iniciativas para a contenção da pandemia. Até a conclusão do presente escrito, verificou-se que foram tomadas por chefes do Poder Executivo estadual e municipal medidas de contenção e restrição da liberdade, tais como o fechamento de estabelecimentos comerciais, *shoppings*, igrejas e locais de culto, o que traz a lume a crítica formulada por diversos juristas acerca da postura do Executivo Federal e da competência daquelas autoridades para adoção de tais medidas. Consoante assinalam Souza Neto e Sarlet:

O problema se torna mais agudo, quando governadores e prefeitos, ainda que ao seu modo, têm sido protagonistas de ações mais fortes, sendo, contudo, publicamente desautorizados e mesmo repreendidos pelo chefe do Executivo brasileiro, como se não estivessem legitimados a agir, o que não afasta, à evidência, a necessidade de uma vigilância relativamente a (sic.) legitimidade constitucional de todas as medidas, seja de onde provenham, quando impõe pesadas restrições a direitos fundamentais³⁰.

A par de amainar a celeuma, sobreleve-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que as providências normativas e administrativas em matéria de saúde pública implementadas para o enfrentamento da pandemia são de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme se depreende do disposto no art. 23, II da Constituição de 1988, devendo ser respeitada a congruência e harmonia entre os poderes, a partir da obediência aos critérios de atribuição territorial e competência constitucional exclusiva de algumas matérias³¹.

Aproximando-se do final deste trabalho, o tópico seguinte se lança à análise dos reflexos penais decorrentes nas normas promulgadas pela União em razão da emergência de saúde pública. Confiramos.

4 ASPECTOS PENAIS DAS NORMAS EDITADAS PELA UNIÃO EM RAZÃO DA PANDEMIA

Conforme consignado anteriormente, para garantir a efetividade das medidas de saúde para responder à pandemia, os Ministérios da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, em atuação conjunta, editaram a Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020, que “dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020”³².

No âmbito penal, a mencionada portaria prevê que o descumprimento das medidas de quarentena, isolamento, ou realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais ou tratamentos médicos específicos previstas no art. 3º da Lei n.

³⁰ SOUZA NETO, C. P.; SARLET, I. W. *Estratégias de controle da pandemia e o imperativo de preservação da vida*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/souza-neto-sarlet-estrategias-controle-imperativo-vida>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

³¹ BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341*, de 23 de março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

³² BRASIL. *Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020*. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

13.979/2020³³ poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos artigos 268 e 330 do Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave (arts. 4º e 5º, *caput*). *In verbis*:

Infração de Medida Sanitária Preventiva

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

(...)

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

À luz destas previsões normativas, a presente análise tem como espoco responder a três questões fulcrais: *i*) as normas que preveem a incidência do direito penal na hipótese foram editadas à luz do princípio constitucional da legalidade? *ii*) a ultratividade das normas excepcionais editadas para enfrentamento da pandemia viola o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica? *iii*) e, por fim, a pena privativa de liberdade é medida eficaz para a contenção da pandemia?

Considerando que o crime de desobediência tem caráter subsidiário na hipótese vertente, de modo que o poder público somente se valerá deste tipo penal caso não se verifique a incidência de outro delito, este estudo cingir-se-á à análise do crime de infração de medida sanitária preventiva.

O delito previsto no artigo 268 do Código Penal classifica-se como uma norma penal em branco, pois depende de um complemento legislativo que venha a lhe conferir efetiva aplicabilidade. Isto porque, embora o tipo penal contenha a descrição da conduta proibida, sua incidência depende, necessariamente, de uma norma complementadora que determine os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal³⁴.

Consoante entendimento da melhor doutrina, essa norma de caráter complementar pode ser editada pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, por meio de lei ordinária ou ato administrativo (decreto, regulamento, portaria, etc.) que tenha por finalidade especificar quais são as determinações do poder público destinadas a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, tratando-se, portanto, de uma norma penal em branco heterogênea³⁵.

A norma penal em branco heterogênea, apesar de aceita em nosso ordenamento jurídico, não raramente é alvo de críticas doutrinárias. Greco preleciona que uma norma integradora que não seja oriunda do Congresso Nacional e, por conseguinte, não tenha atendido ao procedimento legislativo adequado à criação normativa penal, poderá ter sua validade discutida, à luz do princípio constitucional da legalidade, inculcado no art. 5º, II, da Constituição Federal³⁶.

In casu, a Lei n. 13.979/2020 em conjunto com a Portaria Interministerial n. 5/2020 e a Portaria n. 356/2020, do Ministério da Saúde, compreendem as normas extrapenais integradoras do tipo.

³³ Vide, especificamente, as medidas previstas no art. 3º, incisos I, II e III, alíneas, "a", "b" e "e", da Lei n. 13.979/2020 (BRASIL. Lei 13.979/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.).

³⁴ GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

³⁵ BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. 4. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁶ GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Especial – arts. 250 a 361*. Vol. 4. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

Após a edição de referidas normas, sobrevieram críticas no sentido de que a Portaria Interministerial n. 5/2020, ao prever a incidência dos tipos penais supramencionados, estaria criminalizando condutas sem a devida apreciação do Congresso Nacional, em violação ao princípio da legalidade e da reserva legal. Lado outro, verificam-se posicionamentos no sentido de que a portaria interministerial somente disciplina a Lei n. 13.979/2020, que é o ato normativo que criminaliza as condutas, em complemento ao tipo penal previsto no Código Penal³⁷.

No ponto, nosso entendimento se perfaz no sentido de que o tipo penal previsto no art. 268 do Código Penal compreende o reforço sancionatório penal das medidas administrativas adotadas pelo poder público, de modo que cabe à norma integradora tão somente especificar tais medidas, fazendo-se prescindível a previsão expressa de incidência do tipo penal. Havendo o descumprimento de determinação do poder público destinada "a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa", restará caracterizado o crime, independentemente de qualquer previsão expressa na norma complementadora.

A legalidade da norma complementadora, portanto, seja ou não oriunda do Congresso Nacional, deve ser analisada por meio dos critérios de atribuição territorial e competência material, e à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de que eventuais restrições ou obrigações impostas pelo poder público não importem no esvaziamento do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

Outro ponto que merece especial atenção diz respeito à hipótese de revogação da norma complementar. Em regra, uma lei somente pode ser revogada por outra lei posterior, que a revogue expressamente, que seja com ela incompatível ou que regule integralmente a matéria nela tratada. A Lei n. 13.979/2020 constitui uma exceção a este princípio, pois trata-se de uma lei excepcional, promulgada para vigorar "enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019" (art. 8º). Sua vigência, portanto, está condicionada a um evento futuro e incerto, a ser determinado por meio de ato do Ministro da Saúde (art. 1º, § 2º e 3º).

Imagine-se que o agente incorra na prática do crime de infração de medida sanitária em razão do descumprimento de medida prevista na Lei n. 13.979/2020, que posteriormente vem a ser revogada, em razão cessação da emergência de saúde pública internacional. Nesta hipótese, a lei excepcional será aplicada ultrativamente em desfavor do réu?

A resposta à questão ora posta diz respeito à recepção ou não do art. 3º do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. É a inteligência do referido dispositivo legal:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

A questão é de veras controversa. Parte da doutrina advoga que a intercorrente revogação da norma excepcional não importará extinção da punibilidade da infração ocorrida ao tempo de vigência da lei. Consoante ensinamentos de Capez, a ultratividade é característica intrínseca à lei penal temporária, o que significa que um fato praticado sob a vigência de uma lei temporária ou excepcional continuará sendo por ela regulado, mesmo após a cessação de sua vigência³⁸.

Em consonância, o eminente penalista Nelson Hungria preleciona que tais espécies legislativas compreendem uma exceção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, haja vista que "decidir-se de outro modo seria

37 BOSELLI, A.; ANGELO, T. *Norma penal em branco? Portaria para combater coronavírus suscita divergências entre advogados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/portaria-combater-coronavirus-suscita-divergencias>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

38 CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

colocar essas leis em contraste com a sua própria *ratio*, além de que, praticamente, na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas”³⁹.

De outro lado, parte da doutrina assinala que, em virtude da inexistência de qualquer ressalva constitucional em relação às leis excepcionais ou temporárias, o princípio da retroatividade benéfica insculpido no art. 5º, inciso XL, da Carta Magna, é absoluto⁴⁰. É o que defende Paulo José da Costa Jr.:

Não se pode negar a conveniência de que a retroatividade benéfica viesse a ser excluída das leis excepcionais ou temporárias. Mesmo porque, vislumbrando-se a hipótese de um tratamento mais benigno ou a própria impunidade, a norma perderia muito da sua eficácia intimidativa. Entretanto, enquanto o preceito constitucional não proclamar, explicitamente, que a lei ulterior benéfica, ao retroagir, haverá de respeitar a ultratividade da lei excepcional ou temporária, não há como negar a aplicação da lei mais mitigada (*lex mitior*)⁴¹.

Nessa ordem de ideias, oportuno trazer a lume os ensinamentos de Capez, ao qual nos filiamos, no sentido de que a revogação da norma complementar editada em uma situação de excepcionalidade, independentemente de sua fonte legislativa, não repercutirá sobre a realização da figura típica básica, operando-se a sua ultratividade. Ao ensejo:

Nessa hipótese, o comando legal era para que a norma não fosse desobedecida naquela época, de maneira que quaisquer modificações ulteriores serão impassíveis de alterar a estrutura do tipo. Ao contrário, quando inexistir a característica da temporariedade, haverá retroatividade *in melius*. Finalmente, ante o exposto, não interessa se o complemento advém de lei ou de ato infralegal, pois a retroatividade depende exclusivamente do caráter temporário ou definitivo da norma⁴².

Feitas estas considerações de ordem dogmática, cumpre, por fim, consignar que o objetivo das normas editadas pela União não é punir, mas fazer cessar condutas que expõem a risco a saúde coletiva, impondo-se, assim, o questionamento acerca da possibilidade e eficácia da imposição de pena de privativa de liberdade no atual contexto pandêmico.

No ponto, necessário esclarecer que os crimes de descumprimento de medida sanitária preventiva e de desobediência compreendem infrações penais de menor potencial ofensivo⁴³, sendo este o motivo pelo qual a Portaria Interministerial n. 5/2020 dispõe que a autoridade policial lavrará termo circunstanciado em face do agente que for surpreendido na prática dos crimes em comento, e “não se imporá prisão ao agente que assinar termo de compromisso de comparecer aos atos do processo e de cumprir as medidas estabelecidas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020” (art. 7º, parágrafo único).

Entretanto, não pode ser descartada a possibilidade, ainda que excepcional, de prisão em flagrante do agente que descumpra as medidas sanitárias ora impostas, hipótese na qual “recomenda-se que as autoridades policial e judicial tomem providências para que ele seja mantido em estabelecimento ou cela separada dos demais presos” (art. 9º).

No que tange à possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade como medida de segurança para conter a propagação da pandemia, verifica-se que, embora

³⁹ HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

⁴⁰ GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Especial – arts. 250 a 361*. Vol. 4. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

⁴¹ COSTA JUNIOR, P. J. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 33.

⁴² CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 87.

⁴³ Consideram-se crimes de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não de multa, conforme art. 61 da Lei n. 9.099/95.

dentro dos limites da legalidade, tal sanção se mostra falha do ponto de vista da eficácia. A uma, porque o cerceamento da liberdade individual compreende a aplicação da força coercitiva da norma em seu grau máximo, o que pode representar um desrespeito aos princípios regentes do direito penal, como a intervenção mínima e a proporcionalidade. A duas, porque o encarceramento em tais circunstâncias pode se revelar ainda mais prejudicial, haja vista que a inserção de novas pessoas em um sistema carcerário já superlotado, além de violar a própria dignidade da pessoa humana, pode vir a ampliar a circulação do vírus, contaminando mais pessoas e sobrecarregando ainda mais o sistema de saúde.

Com efeito, embora se faça necessária a previsão de sanções para aqueles que descumpram as determinações do poder público, o direito administrativo se mostra como a seara ideal para dirimir a imensa maioria das controvérsias advindas da atual situação excepcional, pois oferece medidas com efeitos mais rápidos e pode, inclusive, prever sanções mais eficazes, que não impliquem qualquer restrição à liberdade individual, limitando-se o direito penal a um recurso de *ultima ratio*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontue-se, a título de conclusão, que as hipóteses de restrição da liberdade individual previstas nas normas supra analisadas não podem servir como fundamento para a decretação das medidas constitucionais de constrição das liberdades individuais.

Ao revés, os estados de exceção constitucionalmente previstos só podem ser legitimamente decretados quando for manifestamente inviável o controle da gravidade e magnitude problema em questão pelas medidas levadas a cabo até então, sobretudo porque o Estado de Defesa e o Estado de Sítio são medidas que, historicamente, são utilizadas como primeiro passo para a desestabilização da democracia, razão pela qual nunca foram decretadas na história constitucional recente brasileira. Afigura-se, portanto, de fundamental importância um rigoroso controle político e jurisdicional do seu cabimento.

Com efeito, antes de limitar coercitivamente a liberdade de locomoção e associação, cabe às autoridades governamentais firmar um compromisso minimamente afinado quanto a uma estratégia em escala nacional, racionalmente articulada e capaz de transmitir à população um sentimento de coesão e firmeza na condução do processo de enfrentamento e superação da crise que nos assola.

A edição da Lei n. 13.979/2020 e da Portaria Interministerial n. 5/2020, à falta de diretrizes claras e cientificamente balizadas, acabaram por tornar ainda mais evidente a dissonância entre discursos e ações internas por parte do Governo Federal.

No âmbito penal, impende pontuar que embora as referidas normas tenham sido editadas sob a égide dos princípios da legalidade, proporcionalidade e reserva legal, a partir do postulado constitucional de que a saúde compreende um bem público, a incidência do direito penal como medida de segurança para conter a propagação da pandemia se mostra falha do ponto de vista da eficácia.

Cabe, portanto, ao poder público e, em última análise, ao Poder Judiciário, estabelecer as hipóteses excepcionais que merecem a aplicação do direito penal, apenas quando outra medida não se mostre suficiente para proteger a saúde da coletividade, a partir da premissa de que este deve ser compreendido como direito de *ultima ratio*.

Antes da aplicação da norma penal, é necessário que haja, por parte do poder público, o emprego de mecanismos de caráter profilático e preventivo, além de um discurso público harmônico, uniforme e contundente, visando o resgate da dimensão pública da saúde e a conscientização da população de que o atual contexto de atipicidade decorrente da pandemia nos impõe obrigações coletivas que, de certa forma, compreendem restrição à liberdade individual.

Nessa ordem de ideias, oportuno rememorar as recomendações elaboradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Resolução n. 1/2020, no sentido de que os Estados que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dentre eles o Brasil, devem fomentar o fortalecimento da independência e atuação dos poderes públicos e instituições de controle, o respeito e não restrição ao trabalho da imprensa, bem como dos defensores de direitos humanos na cobertura da pandemia, a fim de

contemplarem o acesso à informação, além de conceder atenção aos grupos em situação de especial vulnerabilidade⁴⁴.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. Vol. 4. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOSELLI, A.; ANGELO, T. Norma penal em branco? Portaria para combater coronavírus suscita divergências entre advogados. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/portaria-combater-coronavirus-suscita-divergencias>>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341, de 23 de março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- _____. Decreto n. 7.257/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 31 jun. 2020.
- _____. Decreto Legislativo n. 6/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- _____. Lei 13.979/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- _____. Ministério da Saúde Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- _____. Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 30 mai. 2020.
- _____. Projeto de Profissionalização dos Trabalhadores da Área de Enfermagem. Profissionalização de auxiliares de enfermagem: cadernos do aluno: saúde coletiva. 2 Ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- COSTA JUNIOR, P. J. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DOHERTY, P. *Pandemics: What Everyone Needs to Know*. Nova York: Oxford University Press, 2013.
- GADELHA, I. Planalto encomenda parecer sobre estado de sítio, publicado em 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://crusoe.com.br/diario/planalto-encomenda-parecer-sobre-estado-de-sitio/>>. Acesso em: 30 mai. 2020.
- GOSTIN, L. O.; BERKMAN, B. E. Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public's Health. *Administrative Law Review*, n. 59, p. 121-175, 2007.
- GRECO, R. Curso de Direito Penal – Parte Especial – arts. 250 a 361. Vol. 4. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GRECO, R. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017.
- HOROWITZ, J. *Italy Announces Restrictions Over Entire Country in Attempt to Halt Coronavirus*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/09/world/europe/italy-lockdown-coronavirus.html>>. Acesso em: 18 mai. 2020.
- HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado, 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - Resolução 1/2020*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

- MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*, 34. Ed. São Paulo: Grupo GEN - Grupo Editorial Nacional, 2017.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer PCO/OAB do Conselho Federal, emitido em 20 mar. 2020. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB_estado-sitio_crise-coronavirus.pdf.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - Resolução 1/2020. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Coronavirus, 2020*. Disponível em: <<https://www.who.int/health-topics/coronavirus>>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- _____. *Report of the WHO China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 16-24 February 2020*. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.
- _____. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV), 30 January 2020*. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 07 mai. 2020.
- RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SANTOS, A. M. S. *O Estado de Emergência*. Revista dos Tribunais, 1989 (originalmente apresentada como dissertação de mestrado na PUCSP).
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivado*, 20ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002.
- SOUZA NETO, C. P.; SARLET, I. W. Estratégias de controle da pandemia e o imperativo de preservação da vida. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/souza-neto-sarlet-estrategias-controle-imperativo-vida>>. Acesso em: 30 mai. 2020.