

A POLÍTICA CRIMINAL DA ITÁLIA E DO BRASIL NO SURTO DA PANDEMIA DE COVID-19 ^(*)

di Nicolò Amore

Resumo. Nas páginas a seguir, será analisado como o direito penal vem sendo utilizado e em que termos vem sendo afetado pela pandemia do novo coronavírus, comparando-se as experiências obtidas nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro. No final, serão propostas algumas reflexões críticas, com particular atenção à análise da dignidade penal das violações sancionadas e das formas de tipificação dos crimes, relacionando-se o discurso teórico com a experiência real do sistema de justiça criminal e de execução penal neste período.

Abstract. In the following pages, it will be analyzed how criminal law has been used and in what terms has been affected by the coronavirus outbreak, comparing the experiences obtained in the Italian and Brazilian legal systems. In the end, some critical reflections will be proposed, with particular regards to the analysis of the criminal dignity of the sanctioned conduct and the typification of the crimes, relating the theoretical discourse to the real experience of the criminal justice system and criminal enforcement in this period.

SOMMARIO: Introdução. – 1. O surto da pandemia na Itália. – 1.1. A proteção penal das medidas governamentais para conter a pandemia na Itália. – 1.2. As graves inconsistências no uso simbólico do direito penal e a reviravolta do governo italiano. – 1.3. A justiça criminal italiana ao teste do distanciamento social. – 1.4. A coragem que falta para enfrentar a situação prisional na Itália. – 2. O início da pandemia no Brasil e a tensão política diante da COVID-19. – 2.1. A tutela penal para conter a progressão da COVID-19 no Brasil: entre a assessoriedade administrativa e o direito penal simbólico. – 2.2. COVID-19, Justiça Criminal e execução penal no Brasil: (in)conformidade com os protocolos de distanciamento social. – 3. Considerações críticas sobre a estratégia implementada: um diálogo entre a Itália e Brasil.

^(*) Este artigo foi publicado pela primeira vez no blogue criminaljusticenetwork.eu, e pretendia fazer um balanço da gestão da primeira fase da pandemia da COVID-19 em Itália e no Brasil, com a intenção de articular algumas reflexões sobre a governação, também através do direito penal, da fase aguda da pandemia. Agradecimentos a Dr. Raffaella Cardoso pela sua contribuição para os parágrafos 2, 2.1 e 2.2.

Introdução.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu o primeiro relatório sobre a doença de coronavírus (COVID-19) em 31.12.2019, referido a um caso acontecido na cidade de Wuhan na China¹. Essa enfermidade é gerada por um novo vírus, nomeado SARS-CoV-2, que se espalha principalmente pelo contato com as gotículas respiratórias das pessoas infectadas². Em uma porcentagem apreciável de casos, a infecção viral pode resultar em pneumonia, síndrome respiratória aguda, insuficiência renal e até morte³. Por isso, ficou claro desde o início que, para evitar as consequências letais da doença, haveria a necessidade de instalações de terapia intensiva bem equipadas e particularmente grandes. Ainda maior daquela que já estão em muitos países⁴.

Logo depois que a capacidade de propagação rápida do vírus foi descoberta, infelizmente a epidemia se tornou uma pandemia mundial⁵, obrigando a adoção de várias medidas nacionais e internacionais de restrição à liberdade individual. Estas medidas estão sendo particularmente rigorosas nos países mais afetados pelo vírus, e são finalizados a garantir o assim chamado “distanciamento social”. Não é nada de inédito, pelo contrário, é um método muito datado e básico que já foi adotado muitas vezes na história para conter a propagação das epidemias que se passam por contato, como no caso da peste negra, o da gripe espanhola. Especificamente, consiste em um mecanismo não farmacológico fundamentado em manter uma certa distância dos outros e, em geral, na redução das interações interpessoais, que também pode se transformar em isolamento ou quarentena⁶.

¹[who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4)

²A explicação de como o vírus se espalha pode ser consultada em: [who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1](https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1).

³ Para mais informações, v. [who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4).

⁴ A este respeito, entre outros, consulte a reportagem [nytimes.com/article/flatten-curve-coronavirus.html](https://www.nytimes.com/article/flatten-curve-coronavirus.html), onde é também sugerida uma metáfora particularmente explicativa: “Think of the health care system capacity as a subway car that can only hold so many people at once. During rush hour, that capacity is not enough to handle the demand, so people must wait on the platform for their turn to ride. Staggering work hours diminishes the rush hour and increases the likelihood that you will get on the train and maybe even get a seat. Avoiding a surge of coronavirus cases can ensure that anyone who needs care will find it at the hospital”.

⁵ A declaração oficial da OMS chegou em 11 de março de 2020 (v. [who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020)).

⁶ O próprio termo “quarentena” como sendo 40 (quarenta) dias (ou *quaranta giorni*), obedeceu a recomendações bíblicas trazidas no Velho Testamento que remetiam a este o tempo de distanciamento para surtos de lepra. Essa expressão pode ter surgido na época da peste negra, e aparece já em 1377, quando o Reitor do porto de Ragusa (então pertencentes à República Veneziana, na Itália) emitiu oficialmente um período de isolamento de 40 dias para viajantes terrestres. Atualmente este termo referente ao período de reclusão que depende da evolução da doença e ao tempo que se leva para provocar sintomas e ser transmissível (para aprofundar o conceito de quarentena pode-se consultar A.A. CONTI, *Quarantine Through History*, in *International Encyclopedia of Public Health*, 2008, 454 ss.; G.F. GENSINI, M.H. YACOU, A.A. CONTI, *The concept of quarantine in history: from plague to SARS*, in *Journal of Infection*, 2004, 257 ss.).

Representando o principal mecanismo para evitar a propagação do vírus⁷, geralmente as disposições que estabelecem o *distanciamento* foram então fortalecidas, primeiramente, adotando estratégias de vigilância excepcionais⁸; em segundo lugar, pela aplicação de crimes novos ou anteriores para punir as violações.

Evidentemente, portanto, esta estratégia de contenção – diretamente pelo que estabelece, e indiretamente pelo que sobrevém em caso de transgressão – limita significativamente as liberdades que hoje, pelo menos nos sistemas democráticos ocidentais, gozam de proteção constitucional completa: se pense, por exemplo, em liberdade de se mover (art. 5 Cost. Br. e art. 13 Cost. It.), de se reunir (art. 5 Cost. Br. e art. 17 Cost. It.), ou de empreender (art. 5 e 170 Cost. Br. e art. 41 Cost. It.). Ontem como hoje, a base de legitimação invocada para justificar as limitações causadas, é a proteção da “saúde coletiva”. Esse é um interesse complexo e polivalente, que pode atuar em seu significado “vertical” do bom funcionamento do sistema de saúde (“saude publica”), bem como em seu significado “horizontal” e solidário de limite para reivindicações individuais que podem prejudicar a saúde de outras pessoas (se pense, por exemplo, na obrigação de vacinar ou de usar cintos de segurança)⁹.

No complexo contexto que se acabou de introduzir, tentaremos desenvolver uma reflexão crítica sobre as políticas de resposta ao risco-pandemia do ponto de vista mais estreito do estudioso de direito penal. Especificamente, o que ambicionamos fazer nas próximas páginas, é verificar como o direito e a justiça penal podem ser usados para salvaguardar o distanciamento social, e também em qual medida podem ser da este mesmo *influenciados*, em nome da proteção da saúde pública. Nesse sentido, atenção especial será dada à análise da *racionalidade* da penalidade com relação aos *valores* constitucionais (*Wertrational*) e aos *propósitos* político-criminais (*Zweckrational*) adotados pelo legislador ao governar a emergência pandêmica¹⁰.

Para alcançar possíveis respostas, usaremos como estudo de caso dois países que, no momento da redação deste artigo, ainda estão em duas fases distintas do desenvolvimento da pandemia: a Itália, a nação mais afetada pela doença de coronavírus, está atualmente perto de sua fase de pico¹¹; o Brasil, que atualmente esta tendo seus primeiros casos¹².

⁷ Sobre a eficácia dos mecanismos não farmacológicos de contenção da epidemia, consulte por exemplo AA. Vv., *Estimating the number of infections and the impact of non-pharmaceutical interventions on COVID-19 in 11 European countries*, Imperial College COVID-19 Response Team, 30 de março de 2020.

⁸ Além das atividades mais clássicas de controle e patrulhamento do território, também é relatado o uso de drones, bem como o uso de sistemas de rastreamento eletrônico invasivos de movimentos (por exemplo, através de aplicativos governamentais específicos a serem instalados no celular). Por uma breve análise sobre as estratégias europeias v. politico.eu/article/coroonvirus-covid19-surveillance-data/.

⁹ Para aprofundamentos sobre o conceito de “saúde coletiva” v. F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.

¹⁰ Como se sabe, nos referimos ao aparato conceitual desenvolvido por M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922, 1988.

¹¹ A este respeito, leia as declarações do Presidente do Istituto Superiore di Sanità, Silvio Brusaferro, emitidas em 31 de março de 2020: corriere.it/cronache/20_marzo_31/coronavirus-brusaferro-stiamo-arrivando-plateau-contagi-82cbb51c-734e-11ea-bc49-338bb9c7b205.shtml.

¹² Os dados são disponível no site do Ministério da Saúde, saude.gov.br.

1. O surto da pandemia na Itália.

A propagação da doença de coronavírus na Itália foi particularmente virulenta, desencadeando uma situação de crise sem precedentes, pelo menos desde a Segunda Guerra Mundial¹³. A península italiana foi a primeira nação ocidental a experimentar os efeitos da pandemia e, conseqüentemente, ela também foi a primeira a estudar e introduzir medidas de prevenção para conter o contágio.

Especificamente, seguindo as opiniões do comitê técnico-científico e de acordo com as diretrizes da OMS¹⁴, o Governo italiano decidiu confiar na arma do distanciamento social monitorado para retardar o avanço do vírus (*flattening the curve*) e evitar o perigo de colapso do sistema de saúde. Para esse fim, em um quadro procedimental sem precedentes¹⁵ que vem se definindo ao longo do tempo¹⁶, foram adotadas uma série de medidas que levaram gradualmente¹⁷ à suspensão de qualquer

¹³ V. J. HOROWITZ, E. BUBOLA E E. POVOLEDO, *Italy, Pandemic's New Epicenter, Has Lessons for the World*, The New York Times, 21 de março de 2020.

¹⁴ O comitê técnico-científico foi estabelecido com uma ordenança do Chefe do Departamento de Proteção Civil de 3 de fevereiro de 2020, n. 6301 (protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/dettaglio/-/asset_publisher/default/content/ocdpc-n-630-del-3-febbraio-2020-primi-interventi-urgenti-di-protezione-civile-in-relazione-all-emergenza-relativa-al-rischio-sanitario-connesso-all-in). Quanto às recomendações da OMS, estão disponíveis em: who.int/publications-detail/strategic-preparedness-and-response-plan-for-the-new-coronavirus.

¹⁵ A Constituição italiana é privada de uma previsão geral sobre o “estado de exceção”, portanto a inevitável gestão “monocrática” da situação de crise ocorreu na ausência de um paradigma regulatório obrigatório de referência (mesmo se havia já a possibilidade de recorrer à legislação de proteção civil; para aprofundar esse tema, permita-se a referência a A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Milano, 2011) e também com um Parlamento que, nos estágios iniciais, foi ben cuidado de não exercer seu papel por medo de contágio (v. A. PERTICI, *Il Parlamento deve riunirsi*, in huffingtonpost.it, 18 de março de 2020).

¹⁶ As medidas adotadas pelo governo podem ser consultadas em governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968.

¹⁷ Esse é um dos aspectos mais criticados pela imprensa (veja, por exemplo, o artigo mencionado *supra*, nota n. 13) e de uma parte da comunidade científica internacional, segundo a qual a Itália mostrou uma “systematic failure to absorb and act upon existing information rapidly and effectively”, assim como uma “systematic inability to listen to experts highlights the trouble that leaders — and people in general — have figuring out how to act in dire, highly complex situations where there’s no easy solution”. Circunstâncias que teriam contribuído grandemente para os atrasos e para a adoção de medidas inicialmente parciais e limitadas, que se mostraram inúteis e contraproducentes (“An effective response to the virus needs to be orchestrated as a coherent system of actions taken simultaneously”, G.P. PISANO, R. SADUN e M. ZANINI, *Lessons from Italy's Response to Coronavirus*, em *Harvard Business Review*, 27 de março de 2020). Além do valor, de fato algumas vezes bastante escasso, de alguns dos argumentos usados, alguns deles parecem ser afetadas por um *hindsight bias* substancial, considerando que no momento da declaração do estado de emergência na Itália (30 de janeiro de 2020), as autoridades científicas estavam extremamente divididas sobre o que fazer (e esse estado de divisão continuaria mesmo em dias posteriores, quando a Itália já havia adotado medidas particularmente restritivas: pense na estratégia incompreensível do “contágio gradual” da Suécia, o de “não faça nada e aposte na imunidade do rebanho” adotada inicialmente pelo governo britânico, por sugestão de um dos seus consultores científicos, Sir. Patrick Vallance,

atividade comercial-produtiva “não essencial” e à restrição do movimento de mercadorias e pessoas, até a proibição de sair de casa se não por algum motivo específico e comprovado, a ser certificado com uma auto certificação *ad hoc*.

Nesse contexto, o direito penal entra em jogo de duas maneiras distintas: como um *instrumento* que pode ser usado para salvaguardar o distanciamento social, e como uma entidade *influenciada* por esse distanciamento.

1.1. A proteção penal das medidas governamentais para conter a pandemia na Itália.

A partir do primeiro dos dois aspectos mencionados, inicialmente a Itália escolheu a sanção penal como a única ferramenta para proteger as medidas de emergência.

Procedendo em ordem, com a emissão do decreto-lei n. 6 de 23.2.2020, o governo de fato se auto atribuiu¹⁸ [20] o poder de proceder administrativamente às limitações temporárias dos direitos constitucionais necessários para conter o SARS-CoV-2. Desde esse decreto, seguiu-se uma vasta série de medidas que aumentaram gradualmente os prazos de eficácia das medidas adotadas, tornando-as cada vez mais restritivas¹⁹. Por estimular o cumprimento e desencorajar a desobediência, foi decidido aproveitar de algumas disposições incriminadoras já em vigor em nosso sistema, descartando inicialmente a possibilidade de usar as ferramentas punitivas oferecidas pelo direito civil e, acima de tudo, administrativo: o art. 3, co. 4 do decreto-lei n. 6 de 23 de fevereiro de 2020, de fato, estabeleceu que “o descumprimento das medidas de contenção” deve ser punido nos termos do art. 650 Cp., a menos que os elementos de um crime mais grave não ocorram. Portanto, no caso de violação das regras de prevenção, a consequência mínima é identificada no crime acima mencionado de “infringimento das determinações da autoridade”, um ilícito de “obstáculo” com o qual se pune com prisão até três meses ou com multa de até 206 euros, justamente a “não observância” de uma “previsão legalmente concedida pela autoridade” por razões, entre outras coisas, de “segurança” e “higiene”²⁰.

theguardian.com/world/2020/mar/13/coronavirus-science-chief-defends-uk-measures-criticism-herd-immunity). Na verdade, um dos méritos da ação do governo italiano foi exatamente o estabelecimento imediato de uma “sala de controle” equipada com um comitê de segurança *ad hoc* (a tal ponto que agora uma parte dos comentaristas até fala de uma “transferência de soberania” de políticos para técnicos, v. A. DE ANGELIS, *Adda passà 'a nuttata*, em huffingtonpost.it, 31 de março de 2020; F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, em questionegiustizia.it, 27 de março de 2020). Não é um caso, então, que ao término da fase de pico, a Itália tenha sido passada a ser etiquetada como um modelo de referência para todos os outros países do mundo, <https://www.nytimes.com/2020/07/31/world/europe/italy-coronavirus-reopening.html>. Passamos de um extremo ao outro, sem embaraço.

¹⁸ Pelo menos até a conversão em lei pelo Parlamento, dentro dos prazos de 60 dias, cf. art. 77, co. 3 Cost.

¹⁹ Para uma visão geral da legislação adotada, consulte governo.it/it/approfondimento/coronavirus/13968.

²⁰ R. BARTOLI, *Reato permanente e condotta omissiva in tema di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, em *Diritto penale e processo*, 1999, 59 ss.; F. MAZZACUVA, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, em *Trattato di diritto penale - Legislazione penale speciale - Diritto penale del lavoro*, Torino, 2012, 902 ss.

Como foi observado, no entanto, a referência ao art. 650 Cp. é condicionada pela presença de uma cláusula relativa de subsidiariedade, “a menos que o fato constitua um crime mais grave”. De fato, existem hipóteses nas quais o não cumprimento das disposições governamentais pode levar à aplicação de casos criminais significativamente mais graves. Em primeiro lugar, existem casos em que as disposições destinadas a conter a disseminação de vírus são violadas e contribuem positivamente para a “disseminação de germes patogênicos”. Para essas situações, a hipótese de configuração do crime mais grave de “epidemia” já foi levantada (art. 438 Cp.), também punida de forma culposa (art. 358 Cp.)²¹. Além deste caso, quando a conduta negligente gera efetivamente a transmissão de doenças a terceiros, certamente pode ser explorada a possibilidade de aplicar o crime de lesão (art. 582 Cp. e art. 590 Cp. na forma culposa), e, em caso de morte *causada ou co-causada* pela mesma doença, de homicídio (art. 575 Cp. e art. 589 Cp. na forma culposa). Por fim, nas situações em que se ateste falsamente ao funcionário público no módulo de auto certificação, uma razão não verdadeira para justificar sua circulação fora de casa, se cogitou a possibilidade de incorrer na aplicação do crime de falsidade ideológica cometido pelo indivíduo em escritura pública (art. 483 Cp.).

1.2. As graves inconsistências no uso simbólico do direito penal e a reviravolta do governo italiano.

As soluções político-criminais adotadas para fortalecer as medidas de contenção da pandemia de COVID-19 não parecem capazes de garantir os objetivos para os quais foram deliberadas.

Antes de tudo, se a tentação de apelar-se à força simbólica do direito penal²² pode ser compreensível em uma situação de crise desse gênero, um pouco menos é a de confiar em um tipo de contravenção substancialmente bagatelar, como o art. 650 Cp. Na verdade, a capacidade de dissuasão desse crime de “infringimento das determinações da autoridade” parece escassa, *a fortiori* no contexto de emergência em que é chamado a operar. Além disso, no presente caso a sua aplicação levanta problemas bastante significativos²³: as prescrições para o controle da pandemia foram de fato adotadas com

²¹ Por aprofundamento v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, em *Trattato di diritto penale*, IX, T. II; A. VALLINI, *Un dilemma medico-giuridico nell'epoca della "postverità". La questione della responsabilità penale*, em *Vaccine hesitancy ed obbligo vaccinale*, Riv. It. Med. Leg., 2018, 187 ss.

²² Sobre a função simbólica do direito penal leia as páginas atemporais de A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, em *Studi in memoria di G. Tarello*, Vol. II, Milano, 1990; W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, em *NStZ*, 1989, 553 ss.; T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, em *Criminalia*, 2014, 75 ss.

²³ Para uma análise mais detalhada dos problemas aplicativos v. G.L. GATTA, [Coronavirus, Limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare](#), em *sistempenale.it*, 16.3.2020; G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, em *Legislazionepenale.eu*, 20.3.2020; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, em *archiviopenale.it*, 8 aprile 2020.

medidas regulatórias gerais, que também têm uma base legal periclitante²⁴; o art. 650 Cp., por sua vez, exige medidas consolidadas, específicas e legítimas segundo a jurisprudência consolidada²⁵. De fato, o único efeito que essa infração parece capaz de produzir com certeza é forçar os promotores a realizar um número incalculável de notificações por meses, agravando ainda mais a inundação da máquina judicial.

Não surpreende, portanto, que o Conselho de Ministros tenha finalmente decidido negar a solução testada com o decreto-lei n. 6/2020. Especificamente, com o novo decreto-lei n. 19/2020, o legislador substituiu retroativamente o art. 650 Cp., com sanções administrativas pecuniárias, calibradas com o tipo de infração cometida (art. 4, co. 1 e 2), e com a possibilidade de agravamento no caso de uma “violação repetida” (art. 4, co. 5). Para as infrações já cometidas foi estabelecida a aplicação da sanção, porém, reduzida pela metade (art. 4, co. 8). Ademais, finalmente, de acordo com o princípio da *extrema ratio*, a sanção penal agora é reservada apenas para a transgressão da quarentena por pessoas positivas ao “vírus”. Nesse caso, “a menos que o fato não constitua crime mais grave”, se aplica a contravenção do art. 260 do Texto Consolidado das leis de saúde (art. 4, co. 6), punido agora com “a prisão de 3 a 18 meses e com uma multa de 500 a 5.000 €” (art. 4, co. 7).

A respeito das aplicações dos outros crimes mencionados, o caminho parece bastante dificultoso. Isso se aplica, em particular, aos delitos de Epidemia e de Falsidade ideológica do privado em papel público.

A partir do primeiro, que agora é também mencionado no novo decreto-lei como um possível crime a ser aplicado em caso de violação da quarentena (art. 4, co. 6), podemos iniciar dizendo que a prova de ter “causado” uma epidemia é muito problemática, especialmente quando uma pandemia já está em andamento. Nesses casos, pelo contrário, parece mais rentável contestar crimes contra a incolumidade individual ou a vida, como a lesão ou homicídio. Além disso, a conduta vinculada que o caracteriza, nos impede de punir em forma de omissão realizada em violação dos protocolos do governo (pense, por exemplo, em uma estrutura hospitalar que não implementa instalações obrigatórias, contribuindo para aumentar o número de infectados). Portanto, parece que apenas a possibilidade de aplicá-lo às contribuições que determinaram positivamente o início do surto epidêmico permanece. No entanto, essa possibilidade parece mais teórica do que real, considerando também a necessidade

²⁴ O art. 2 do d.l. n. 6/2020, convertido em l. n. 13/2020, contém uma cláusula que genericamente dá ao governo o poder de adotar “medidas adicionais de contenção e gerenciamento de emergência, a fim de impedir a propagação da epidemia de COVID-19”. Como se sabe, no entanto, o princípio da legalidade substancial que rege a atribuição de poderes administrativos também exigiria a especificação das formas e métodos de exercício desses poderes. Uma necessidade que se torna particularmente significativa nesse contexto, porque essa base legal permite ao governo de limitar direitos fundamentais.

²⁵ O art. 2 do d.l. n. 6/2020, convertido em l. n. 13/2020, contém uma cláusula que genericamente dá ao governo o poder de adotar “medidas adicionais de contenção e gerenciamento de emergência, a fim de impedir a propagação da epidemia de COVID-19”. Como se sabe, no entanto, o princípio da legalidade substancial que rege a atribuição de poderes administrativos também exigiria a especificação das formas e métodos de exercício desses poderes. Uma necessidade que se torna particularmente significativa nesse contexto, porque essa base legal permite ao governo de limitar direitos fundamentais.

de provar a culpa de agentes que, naquele momento, provavelmente nem conheciam a doença viral que os afligia.

No que se refere ao falsidade ideológica em escritura pública, no entanto, a possibilidade de contestá-lo parece excluída pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, operando “xdevido ao momento específico em que a declaração falsa é feita e para o objetivo a que se dirige (evitar disputa pelo agente investigador)”²⁶.

1.3. A justiça criminal italiana ao teste do distanciamento social.

A imposição de medidas de *distanciamento*, colocou compreensivelmente o sistema judicial e penitenciário em dificuldade, exigindo que o legislador facilitasse a adoção de sistemas organizacionais adequados.

A respeito da justiça criminal, o problema principal, no prazo imediato, era evitar a agregação de pessoas nos tribunais; posteriormente, compensar por meios telemáticos a impossibilidade de que todas as partes estejam fisicamente presentes nos tribunais. O legislador interveio mais recentemente com o decreto-lei de 17.3.2020, n. 18, c.d. Cura Italia, estabelecendo antes de tudo a suspensão da prescrição e o adiamento de todas as audiências após 15 de abril (as exceções dizem respeito apenas aos procedimentos inadiáveis e urgentes indicados pelo art.83, co. 3, let. Bec, dl cit.). Para evitar a paralisação completa da máquina judicial, então, foi decidido provisoriamente até 30 de junho, celebrar as audiências “a portas fechadas” (art. 83, co. 7), impondo a participação em videoconferência das pessoas sujeitas a restrições de liberdade pessoal (art. 87, co. 12) e a notificação eletrônica dos documentos junto ao defensor de confiança (art. 83, co. 13, 14 e 15).

Por fim, como antecipado, os efeitos da pandemia também foram previsivelmente percebidos na execução das penas, com particular referência às penas de prisão. O problema é particularmente sério, considerando que o sistema penitenciário italiano está sofrendo de uma taxa crônica de superlotação, que já custou sentenças dolorosas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁷. Para impedir que as instituições prisionais se transformem em lazaretos, o legislador decidiu impor, até 22 de março, a obrigação de realizar “digitalmente” as visitas às quais os encarcerados têm direito (art. 83, co. 16), estabelecendo também a possibilidade que o Magistrado de Vigilância possa suspender a concessão de licenças-prêmio e o regime de semi-liberdade, “levando em consideração as evidências representadas pela autoridade sanitária” (art. 83, co. 17). Além disso, por penas que não excedam 18 meses (também como residual de uma sentença maior), a maioria dos condenados recebeu o direito de servi-los “na casa condenada ou em outro local público ou particular de assistência, assistência e recepção” (a menos que o *Magistrado de Vigilancia* encontre razões sérias

²⁶ v. G.L. GATTA, [Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare](#), em [sistempnale.it](#), 16.3.2020.

²⁷ De acordo com dados do Ministério da Justiça, atualmente a percentual geral de superlotação gira em torno de cerca 20%, com picos de 90% em algumas estruturas ([www.giustizia.gov](#)).

“que impeçam a concessão da medida, ver art. 123, co. 2). Por fim, até 30 de junho, foi concedida a possibilidade de reconhecer as licenças condenadas em semi-liberdade, derogatórias aos limites estabelecidos em lei (art. 124).

1.4. *A coragem que falta para enfrentar a situação prisional na Itália.*

Vale a pena dedicar as últimas considerações sobre as medidas tomadas para neutralizar a potencial "bomba epidemiológica" que está inserida nas instituições de punição. As prisões italianas estão em um estado de precariedade total, caracterizado pela falta de saneamento adequado, de dispositivos de proteção individual e da alta taxa de dependência tóxica da população interna. Nesse contexto, o respeito da distância de segurança e das regras de saneamento dos ambientes deve ser considerado completamente improvável. Portanto, são necessárias medidas mais corajosas do que as adotadas até o momento. Na verdade, devido ao estado em que vivem, as prisões italianas não podem ser "à prova de pandemia", pelo menos não a curto prazo. A estratégia, portanto, deve ser aquela de diminuir a população encarcerada, suspendendo simultaneamente o influxo dos que entram. As receitas já foram indicadas com autoridade pela Associação Italiana de Professores de Direito Penal²⁸, e a implementação delas só pode ser recomendada para todos os países que possuem instalações de detenção substancialmente não alinhadas com os padrões ditados pelas *Mandela Rules*²⁹.

2. O início da pandemia no Brasil e a tensão política diante da COVID-19.

No Brasil, antes mesmo de confirmado o primeiro caso da COVID-19, juntamente com a Portaria nº 188/GM/MS de 3 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei Federal n. 13.979 em 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as medidas implementadas pela União para o enfrentamento emergencial da saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

Esta lei federal dispõe expressamente em seu artigo 2º sobre os conceitos de distanciamento social em *isolamento* e *quarentena*, aplicando também as definições estabelecidas pelo Artigo 1 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 (no que couber)³⁰. Em seu artigo 3º acrescenta que, poderão ser adotadas várias outras medidas, dentre elas: *o isolamento, quarentena e submissão a tratamentos e exames médicos de forma compulsória*.

Na tentativa de complementação da Lei n. 13.979/2020, foi regulamentada pela edição da Portaria nº 356, de 11 de março de 2020³¹, oriunda do Ministério da Saúde. De

²⁸ Disponível em: aipdp.it/documenti/AIPDP_Proposte_emergenza_carceraria_da_coronavirus.pdf.

²⁹ Nos referimos à convenção da ONU sobre padrões mínimos para a proteção dos direitos fundamentais dos presos (22 março 2015), disponível em undocs.org/A/RES/70/175.

³⁰ Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>.

³¹ Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>.

acordo com esta normativa, por exemplo, a aplicação da medida de *isolamento* depende de prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica (art. 3º, § 1º) e a decretação de *quarentena* exige ato administrativo formal e devidamente motivado (art. 4º, § 1º).

Logo em seguida, foi publicada a Portaria Interministerial n. 5 de 17 de março de 2020[18] que dispôs sobre a compulsoriedade das medidas previstas na Lei n. 13.979/20, determinando-se a tripla responsabilidade - *civil, administrativa e criminal* – em caso de descumprimento da lei.

Com a confirmação da transmissão comunitária pelo Coronavírus, foi publicada também a Portaria n.º 454, de 20 de março de 2020³² que também trouxe conceitos relacionados ao *isolamento domiciliar* para contenção da transmissibilidade do (art. 2º) configurada com medida *a ser determinada por prescrição médica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias*, considerando os sintomas respiratórios ou o resultado laboratorial positivo para o SARSCOV-2.

Para além de todas estas normas editadas pela União, no âmbito legislativo e executivo, os Estados e os Municípios brasileiros também passaram a editar seus respectivos atos normativos em complementação à normativa federal, uma verdadeira “pandemia” de normas. Dentre as medidas que foram tomadas para contenção do vírus no âmbito estadual e municipal, estão: o fechamento de escolas, redução de transporte de pessoas e fechamento de comércio e atividades consideradas não essenciais.

Entretanto, quase um mês após a confirmação do primeiro caso de COVID-19 no Brasil e, mesmo após recomendações técnicas da OMS e do Ministério da Saúde em rede nacional sobre a necessidade das medidas de distanciamento social para o “achatamento” da curva de contaminação, o presidente da república brasileira, Jair Bolsonaro – ao arrepio de chefes do executivo estaduais - fez pronunciamento a favor do retorno à normalidade das atividades para salvaguardar a economia, considerando reduzido o grupo com chances de morbidade³³.

Em resumo: somada à crise social, política e econômica, observa-se a problemática atuação da tutela penal brasileira como forma de garantir o isolamento social, conforme passaremos a verificar a seguir.

2.1. A tutela penal para conter a progressão da COVID-19 no Brasil: entre a assessoriedade administrativa e o direito penal simbólico.

Pelo que podemos depreender das técnicas de tipificação utilizadas para a garantia do distanciamento social através da tutela penal no Brasil, valem os tipos penais caracterizados pela forte característica de assessoriedade administrativa³⁴

³² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm.

³³ Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/03/25/de-gabinete-do-odio-a-ignorancia-leia-reacao-de-governadores-a-bolsonaro.ghtml>, acesso em 26.03.2020

³⁴ Sobre o tema da assessoriedade da norma penal no Brasil: H. R. LOBO DA COSTA, *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. 261

(normas penais em branco) e por delitos de perigo abstrato já anteriormente ao fenômeno da COVID-19 vigentes, porém, agora com uma peculiaridade: a enorme quantidade de normas administrativas que complementam o conteúdo normativo dos tipos penais, determinando-se o reenvio ao direito administrativo sanitário federal, estadual e municipal. A partir daí, algumas considerações críticas devem ser aventadas.

O artigo 4º da Portaria Interministerial n. 5 que complementa a Lei Federal n. 13.979/2020 de enfrentamento à COVID-19 indica que o descumprimento à normativa administrativa pode ensejar o cometimento *dos crimes previstos nos artigos 268 e 330 do Código Penal, caso não constituam crime mais grave*. Ou seja, a emergência não suscitou a criação de novos tipos penais por meio de “leis temporárias ou excepcionais”, a exemplo do que também aconteceu na Itália.

Em relação ao primeiro delito referi do na lei federal, ou seja, o delito de infração de medida sanitária preventiva, previsto no art. 268 – *Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*, vejamos que este possui pena de detenção, de um mês a um ano, e multa.

O bem jurídico protegido aqui tutelado é a *saúde pública*, enfatizando-se a proteção da saúde como um bem de toda a coletividade e “pressuposto fundamental para a vida humana digna”³⁵. Referido bem pertence à destinatários indeterminados e não é possível, no atual contexto, imaginar a fruição do bem sem pensar no seu componente supra-individual.

Como o elemento normativo “determinação” é consideravelmente amplo, estamos diante do que a doutrina define como *norma penal em branco* e que pode ser preenchida por qualquer determinação de autoridade: municipal estadual ou federal. Assim, a situação emergencial e os limites até então desconhecidos para enfrentamento da pandemia no Brasil e no mundo promovem uma legiferação desenfreada.

Porém um dado importante: é possível que o agente pratique o delito previsto no art. 268 do Código Penal sabendo (dolo direto) ou assumindo o risco de estar contaminado (dolo eventual). E mais, o dolo deve abarcar as elementares típicas do delito, o que, em razão da infinidade de normativa complementar, não impede a ocorrência de erro de tipo ou mesmo erro de proibição, nos termos dos art. 20 e 21 do CP.

Consuma-se o referido delito com o desrespeito à determinação do poder público municipal, estadual ou federal que vise impedir a introdução ou a propagação do novo Coronavírus, independentemente da ocorrência do dano efetivo. Por se tratar de crime de perigo abstrato, não é necessário que se prove o efetivo dano à saúde pública, pois esta ofensa é presumida pela lei de forma absoluta.

Por se tratar de *crime de menor potencial ofensivo* o que se estima é que a política criminal empregada servirá apenas para tumultuar o trabalho da Polícia em tempos de pandemia, pois é um delito que gera, à primeira notícia de seu cometimento, a lavratura

f. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013. C.F. FALAVIGNO, *A deslegalização do Direito Penal, em Leis Penais em Branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*, Florianópolis, 2020, 174 ss.

³⁵ L.R. PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2019, 1683.

do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), bem como poderá inflacionar a competência dos Juizados Especiais Criminais que permite a possibilidade de transação penal (art. 76 e ss. da Lei 9.099/1995). Ou seja, a finalidade da pena criminal que objetive uma condenação do agente para adverti-lo dos riscos do não-isolamento social, promoverá novos riscos submetendo-se a mesma pessoa a ambientes como: Delegacia de Polícia, Juizado Especial Criminal de maneira contraproducente aos fins da própria norma.

Além do 268 do CP, a normativa de contenção à propagação ao novo Coronavírus prevê a possibilidade de criminalização de “desobediência”, previsto no art. 330 do CP, em que se imputa o crime a quem *desobedecer a ordem legal de funcionário público*, cuja pena é de *detenção, de quinze dias a seis meses, e multa*.

O dispositivo do art. 330 também se trata de uma *norma penal em branco*, uma vez que o preceito foi somente emanado em parte, necessitando de norma futura que o complete e esclareça. O dispositivo diz, apenas, “ordem legal”, mas não determina qual seja essa ordem. É preceito que encerra disposição vaga que será completada por disposição futura, constante das inúmeras outras normas de enfrentamento à pandemia.

A Portaria Interministerial n. 5 de 2020 prevê o caráter de subsidiariedade dos delitos previstos indicados nos *artigos 268 e 330 do Código Penal*, pois refere-se à possibilidade de *responsabilização penal por delitos mais graves diante das medidas de contenção à propagação da COVID-19 e ao descumprimento ao distanciamento social*.

Cabe aqui ressaltar que podemos referenciar outros delitos também já previstos na legislação penal brasileira que podem ser aplicáveis ao caso. O primeiro deles, apesar de improvável³⁶ em razão da atual situação de pandemia da COVID-19 (propagação rápida e mais ampla identificada em todos os continentes do planeta), é o delito de epidemia previsto no art. 267 do Código Penal: “*Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos*”. A pena inicial é de dez anos e pode chegar até quinze anos de reclusão. Se resultar morte (267, parágrafo 1º do CP), a pena pode ser aumentada até o dobro (e chegar até a 30 anos) e terá maior rigor pela Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990.

O delito mais grave provável de ser referido como reforço às medidas de distanciamento social impostas pela Lei 13.979/2020 seguramente é o delito de *lesão corporal simples em suas formas qualificadas*, previsto no art. 129, caput e parágrafos do Código Penal. Como a lesão corporal é tipificada como “*ofender à integridade corporal ou a saúde de outrem*”, a insuportabilidade social do risco de contrair a COVID-19 pode ser confirmada pela experiência humana até o momento demonstrada e pela própria legislação de contenção da crise.

Cabe destacar que o delito de lesão corporal (129 CP) tem tipicidade subjetiva tanto dolosa quanto culposa e não afasta o concurso de crimes com o art. 268 CP, desde que confirmadas certas condições. Contudo, a aplicabilidade prática dos referidos tipos

³⁶ Consideramos improvável porque a terminologia do próprio tipo penal prevê a propagação de germes patogênicos de forma mais restrita (“epidemia”) e, na situação em que nos encontramos mundialmente de contaminação geral, será muito difícil promover a comprovação do nexo de causalidade por parte exclusiva do agente, ainda que tenha agido de forma dolosa.

penais fica limitada não somente à comprovação do *elemento subjetivo* como em relação aos problemas de ordem causal, por se tratar de delito de resultado (art. 13 do Código Penal) impõe a comprovação do *nexo de causalidade* que são ambos desafio de comprovação no âmbito da prova processual, pressuposto mínimo de certeza necessária para a justa causa para a ação penal.

Analizados os aspectos acima, compreende-se que a tutela penal para garantir o distanciamento social no Brasil, a partir dos delitos previstos no art. 268 e no art. 330 ambos do Código Penal, bem como por meio dos delitos mais graves, são, em sua maioria *delitos de desobediência administrativa*, mas referenciados dogmaticamente ao bem jurídico tutelado “saúde pública”, porque na atual situação o descumprimento destas medidas podem – na maioria dos casos – gerar perigo de dano ou dano ao interesse protegido.

Porém, por mais que se confirme que há dignidade penal para que haja uma proteção penal legítima do bem jurídico protegido, por obedecer aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica e pelo risco inevitável de dano social, a função do direito penal não pode ser esquecida – ou seja, a autação deverá ser subsidiária e fragmentária aos demais ramos do direito³⁷.

Nos parece salutar que a atuação dos demais ramos do direito podem oferecer respostas menos contraproducentes do que a via penal. Isso porque a própria normativa administrativa (Portaria Interministerial n. 5 de 2020) já antevê o déficit de execução da escolha pela via penal como mecanismo eficaz como garantidor do distanciamento social.

Conforme determina o seu art. 7º, a própria autoridade policial poderá lavrar termo circunstanciado por infração de menor potencial ofensivo em face do agente que for surpreendido na prática dos crimes mencionados nos art. 4º e art. 5º, na forma da legislação processual vigente. Porém, *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.*

Além disso, o art. 8º da referida portaria traz que: “visando a evitar a propagação do COVID-19 e no exercício do poder de polícia administrativa, a autoridade policial poderá encaminhar o agente à sua residência ou estabelecimento hospitalar para cumprimento das medidas estabelecidas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, conforme determinação das autoridades sanitárias”. Ou seja, a medida criminal possui *déficit de execução* que demonstra a função deletéria da tutela penal no contexto de promover o distanciamento social.

Aqui são muito apropriadas as lições de Winfried Hassemer para aplicação do direito penal a esta situação emergencial e de contenção de um risco ainda desconhecido e global, não vige mais como *ultima ratio*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio*³⁸.

³⁷ Neste sentido: C. ROXIN, *Tem futuro o direito penal?*, em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 790, ago. 2001, p. 459 e ss. Idem, *Acerca da problemática do direito penal da culpa.*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1983, p. 8 e ss.

³⁸ Neste sentido W. HASSEMER, *Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal*, em *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 29, p. 9 à 20, abr/jun 2008, 13.

Segundo o autor, há consequências nefastas que acompanham o direito penal na tutela de situações como esta, com diversos déficits de execução: (i) uma enorme parte dos processos ficam parados (*steckenbleiden*) já na fase da investigação; (ii) os juízes criminais não preenchem muito as condições de punição; (iii) a cifra oculta da criminalidade é consideravelmente ampla; (iv) punem-se mais pessoas pobres e vulneráveis pelo sistema penal do que as realmente seriam merecedoras da reprimenda penal, - a começar pelo próprio Presidente da República Jair Bolsonaro, que mesmo sob suspeita de contaminação pela COVID-19 participou presencialmente de evento político com contato social³⁹.

Portanto, o déficit de execução do direito penal enquanto mecanismo para a garantia do distanciamento social contribui sim para seu papel simbólico, ou seja, num misto entre necessidade de proteção e ineficácia, é engano acreditar que o direito penal conseguirá resolver o problema de contenção social nesta pandemia. Pode parecer um alívio imediato, porém, a via penal é devastadora em longo prazo⁴⁰.

Nesta atuação pandêmica, o uso simbólico do direito penal reforça a predominância das funções ocultas sobre as declaradas do direito penal, ou seja, os reais objetivos da lei não vão ser realizados⁴¹. Com isso, vale-se da lição de Hassemer de que a crítica que se faz não é em face da necessidade de proteção do bem jurídico supra-individual saúde pública, mas sobre a cega utilização de instrumentos penais que são inefetivos em face de problemas globais como o caso da COVID-19⁴².

Enfim, diante da referida legislação específica sobre medidas gerais de contenção da pandemia e que exige a obediência administrativa em razão das incertezas acerca do novo coronavírus, impõe-se um paradigma de solidariedade social diverso do cenário “normal” de aplicação do direito penal, de forma que a tutela penal, que pretenda ser legítima e com efeitos produtores de ordem político-criminal, tem vários desafios para não pode perder seu pilar de *ultima ratio* no reforço das funções administrativas que impõem medidas de distanciamento social como uma das ferramentas para a crise de saúde pública.

2.2. COVID-19, Justiça Criminal e execução penal no Brasil: (in)conformidade com os protocolos de distanciamento social.

O surto da pandemia do novo coronavírus é um problema que também afetou o próprio funcionamento do sistema penal brasileiro, mormente na atuação da justiça criminal e da execução penal.

³⁹ W. HASSEMER, *Caraterísticas e Crises do Moderno Direito Penal*, em *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 144 à 157, fev/mar 2003.

⁴⁰ W. HASSEMER, *Direito Penal Libertário*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, 202.

⁴¹ W. HASSEMER, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, 30.

⁴² W. HASSEMER, *Direito Penal Libertário*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, 96.

Vários atos normativos foram publicados com vistas a se diminuir a aglomeração de pessoas nos tribunais e estabelecer um regime de "Plantão Extraordinário" na Justiça, de modo a uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários em todo o país e garantir o acesso à Justiça durante a crise desencadeada pela propagação do novo coronavírus. O principal deles é a Resolução n. 313/19 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determinou: a) a suspensão dos prazos processuais até o dia 30 de abril⁴³, assegurada a manutenção dos *serviços essenciais*⁴⁴; b) a suspensão do atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis etc.

Em muitos estados brasileiros, a justiça criminal ainda é extremamente morosa e a pandemia pode agravar ainda mais na demora dos julgamentos, levando-se cada vez mais aos riscos decorrentes da ineficácia da sanção penal nos termos até então lecionados por Cesare Beccaria⁴⁵, de que o processo criminal deve ter uma *duração razoável* para atingir seus efeitos preventivo-gerais.

Por outro lado, a pandemia serve de alerta para velhos e maus hábitos. A presença de procedimentos criminais físicos e a falta de integração nos sistemas a entre Polícia, Ministério Público e Judiciário em várias comarcas de todo o Brasil, acaba por transparecer *o retardo na inovação, informatização e sistematização processual*, de forma que a pauta se tornou uma emergência diante da suspensão dos atendimentos presenciais nos fóruns e tribunais.

Além disso, as medidas cautelares diversas da prisão provisória previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP), apesar de estarem na legislação como prioritárias, nunca foram tratadas conforme o norte de proporcionalidade exigido em lei (art. 282 caput do CPP), até o surgimento da pandemia. Na prática, a prisão cautelar sempre foi a regra e não a exceção na maioria das decisões judiciais brasileiras. Com a COVID-19 e o risco de contaminação geral nos presídios vemos o "lado positivo" desta situação de crise ao incluir o encarceramento em massa como tema também integrado de proteção à saúde pública.

Pensando nisso, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) ingressou com pedido no último dia 16.03.2020 no Supremo Tribunal Federal (STF) objetivando a liberação de presos em grupos de risco por causa da pandemia do coronavírus, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347. Logo em seguida, acertadamente, o Ministro da Suprema Corte Brasileira, Marco Aurélio concedeu Liminar conclamando aos juízes de execução que avaliassem a possibilidade de adotar medidas alternativas a determinados grupos de presos. Infelizmente, o Plenário do STF, por 7 votos a 2 negaram a decisão do relator Ministro Marco Aurélio. O único a

⁴³ Ressalvado que a suspensão de que trata a referida resolução do CNJ não se aplica ao STF e à Justiça Eleitoral.

⁴⁴ Veja mais em: A. BOSELLI, *Plantão extraordinário. Resolução do CNJ suspende prazos processuais em todo país até 30 de abril*, em *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-19/cnj-publicara-resolucao-suspende-prazos-processuais-304>.

⁴⁵ Veja mais em: A. BOSELLI, *Plantão extraordinário. Resolução do CNJ suspende prazos processuais em todo país até 30 de abril*, em *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-19/cnj-publicara-resolucao-suspende-prazos-processuais-304>.

acompanhá-lo no voto foi o Min. Gilmar Mendes. Os demais negaram a concessão de liminar alegada a falta de legitimidade do requerente (IDDD)⁴⁶.

Segundo o Min. Relator, a liminar não determinava a soltura indistinta de presos, mas o óbvio: "porque decorre do arcabouço normativo que o juiz de execução deve examinar constantemente a situação dos custodiados, caso a caso"⁴⁷.

De forma a se atentar às regras de *Mandela* e outras determinações contra o encarceramento em massa e desumanitário, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação n.º 62/2020 contendo medidas a serem adotadas com o intuito de diminuir o fluxo de ingresso no sistema prisional, e consequentemente, combater a propagação do vírus Sars-Cov-2.

Entende o órgão responsável pela revisão dos atos da magistratura nacional que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva, sendo indiscutível que ao se permitir um cenário de contaminação em grandes proporções nos presídios produzirá prejuízos irreparáveis não só para a segurança destes ambientes (riscos de rebeliões, afetação à saúde e presença dos agentes prisionais) como também para a estrutura da saúde pública de toda a população, de forma a se sentir efeitos extra cárcere⁴⁸. O Estado é corresponsável pela saúde dos presos e o Sistema Único de Saúde (SUS), bem como as Secretarias de Defesa Social não conseguiriam atender às demandas emergenciais de atendimentos prisionais. Em suma: as indenizações por responsabilização do Estado por omissão de atendimento médico aos infectados por COVID-19 podem aumentar.

Porém, um dispositivo na normativa de contenção da crise chama a atenção sobre a questão de que forma a execução penal tem sido afetada pelo próprio distanciamento social como medida de contenção da doença. Trata-se do art. 9º da Portaria Interministerial n. 5 de 2020 que prevê que, na hipótese de configuração de crime mais grave ou concurso de crimes e quando, excepcionalmente, *houver imposição de prisão ao agente infrator, recomenda-se que as autoridades policial e judicial tomem providências para que ele seja mantido em estabelecimento ou cela separada dos demais presos*.

Ou seja, por mais que a manutenção, revogação ou substituição da prisão por medidas alternativas dependa de apreciação judicial, de acordo com a legislação processual vigente, uma Portaria do Ministério da Justiça traz determinação de isolamento de preso que contraria a própria Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), que determina que o isolamento decorre do cometimento de infrações disciplinares graves.

É preciso concordar que a COVID-19 não é a primeira doença infecto-contagiosa que vem afetando a saúde dentro dos estabelecimentos prisionais. Aliás, essa é uma das

⁴⁶ Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/covid-19-ministro-marco-aurelio-recomenda-adocao-de-penas-e-medidas-alternativas-requeridas-pelo-idd-para-reducao-da-populacao-carceraria/>.

⁴⁷ Judicialização da prevenção. Epidemia de Covid-19 motiva ações e petições entregues ao STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/epidemia-covid-19-motiva-aco-es-peticoes-entregues-stf>.

⁴⁸ Segundo a referida recomendação, o CNJ determina de forma simplificada a tomada das seguintes medidas: Recomendação 62/2020 – CNJ. Disponível em: [www.cnj.jus.br > wp-content > uploads > 2020/03 > 62-Recomendação](http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação).

várias situações dos condenados que deve ser analisada periodicamente pelos juízes da execução penal, de forma a possibilitar os fins preventivos e humanitários das sanções penais previstos no ordenamento jurídico, precisamente garantindo-se minimamente condições de salubridade e saúde em consonância com a Carta Magna de 1988.

O art. 58 da LEP define como “isolamento” uma *sanção administrativa* que *não excede a trinta dias*, ressalvada a hipótese do *regime disciplinar diferenciado* (RDD com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003), previsto no art. 52, como sendo a mais severa sanção administrativa disciplinar dentro dos presídios, aplicado em casos *estritamente fundamentados pelo juiz com base no preenchimento dos requisitos* legais, tendo delimitado por lei o prazo máximo de duração de dois anos por ser considerado algo de extrema rigidez⁴⁹. Conforme o art. 60 da LEP a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Portanto, mesmo que presos que tenham praticado infrações graves ligadas ao descumprimento de medidas de distanciamento social só podem ser colocados em isolamento celular em situações extremas, o que não é aconselhável ainda mais em se tratando de períodos excepcionais de pandemia. Falar em isolamento prisional para estas situações – que já era uma situação atípica – tornou-se uma realidade distante diante do quadro de superlotação prisional brasileiro e, por ser também contrário às medidas de garantia de sua saúde física e psíquica dos detentos, que estão arroladas como responsabilidades do Estado.

Corroborar-se este entendimento ao que decorre das recentes mudanças no próprio Código de Processo Penal, que desde a última reforma em 2011 e somando-se às trazidas com o “Pacote Anticrime” – a Lei 13.964/2019 – em vigor desde janeiro de 2020, trouxeram a necessidade de ampliação e revisão das medidas cautelares pelo juiz, inclusive de ofício, em vários dispositivos – veja-se principalmente as inovações trazidas com os artigos 282, parágrafo 5º e os arts. 315 e 316 todos do CPP – demonstrando-se que a prisão cautelar não é a regra, mas a exceção.

Em Minas Gerais, por exemplo, seguindo-se regras de contenção da COVID-19, foi publicada em 16.03.2020, a Portaria Conjunta n. 19/PR-TJMG/2020, de autoria do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que aplica ao sistema prisional as medidas necessárias para o contingenciamento da pandemia, com a possibilidade de revisão das medidas cautelares e substituição de prisões (provisórias ou definitivas) em recolhimento domiciliar, até o final do período excepcional.

De certo modo, o impacto da COVID-19 no sistema de justiça criminal, mormente sobre as prisões cautelares e sobre os regimes prisionais demonstra uma reflexão que até então não era encontrada na jurisprudência brasileira: o encarceramento em massa pode sim gerar grave colapso na saúde pública.

Portanto, o momento de crise pandêmica pode ter sido útil para a releitura constitucional dos institutos já presentes na legislação processual penal e penitenciária

⁴⁹ Disponível na Lei 7.210/1984, em seu art. 52: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.

brasileira, de forma à se revisitar, com a perspectiva de problemas comunitários: as medidas contra a cultura do encarceramento em massa e a questão sanitária prisional, pois o distanciamento social das pessoas presas, por mais que deva ser necessário de forma última e subsidiária, não se encontra como problema apartado ou excluído do restante da população quando se trata de um surto pandêmico como o da COVID-19, já que os presos estão sob a tutela do Estado e fazem jus igualmente ao direito fundamental de garantia à saúde, constitucionalmente assegurado no art. 196 da Carta Magna de 1988 e referendado pela Lei 7.210/1984.

3. Considerações críticas sobre a estratégia implementada: um diálogo entre a Itália e Brasil.

A comparação entre as estratégias político-criminais que acompanham o gerenciamento de emergências sanitárias nos dois sistemas jurídicos da região da Europa e da América do Sul, nos oferece a oportunidade de propor algumas considerações críticas sobre o comportamento dos dois países.

Em primeiro lugar, se registrou como o contexto de emergência ampliou o processo de desmantelamento da *extrema ratio*⁵⁰. Não parece trivial, então, lembrar que em um sistema democrático-liberal, o uso da sanção penal deve ocorrer com parcimônia particular e “apenas na ausência de técnicas de controle social com um grau de eficácia semelhante”⁵¹.

Além disso, no contexto de uma emergência epidemiológica grave, a escolha de usar a penalidade como *unica ratio* corre o risco de produzir efeitos extremamente contraproducentes também do ponto de vista da aplicação. De fato, a resolução de uma crise de pandemia envolve inevitavelmente⁵² a adoção de medidas de distanciamento particularmente restritivas, que precisam ser aplicadas a toda a comunidade e de maneira escrupulosa, por meio de atividades de controle capilar. Essas são todas

⁵⁰ Como é sabido, de fato, a tendência atual, no período pós-moderno, é de um uso cada vez mais amplo do direito penal, onde a ser fragmentária não é mais punição, mas a liberdade (cf. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990). Segundo alguns autores, as causas desse fenômeno são amplificadas pela atual sociedade “tecnologia” e “de risco”, mas parecem remontam à passagem do direito penal como lesão do direito subjetivo àquela do direito penal dos bens jurídicos, que sustentaria uma lógica não tanto de limitação da intervenção punitiva, mas de sua flexibilidade e extensão (v. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustrial*, Madrid, 2011 (3ed); T. VORMBAUM, [Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica](#), em *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, 51 ss.).

⁵¹ Cf. Corte cost. It., ord. 696/1992; A Corte italiana já reiterou em várias ocasiões a necessidade que “O direito penal realmente constitui a *extrema ratio* para a proteção da sociedade, seja constituído por normas não inúmeras, excessivas em relação aos objetivos de proteção, claramente formuladas, visando à proteção de valores pelo menos de “importância constitucional” e que sejam percebidos também em função de normas ‘extra-penais’ da civilização” (sent. n. 364/1988).

⁵² Isso também é demonstrado pelas reviravoltas realizadas por países como Inglaterra, que passaram de atitudes subestimadas e quase desaprovadoras para países que adotaram políticas rigorosas, para um rápido fechamento generalizado de suas atividades após o contágio incontrolável que resultou.

condições que tornam completamente plausível a possibilidade de ser submergido, depois de algumas semanas, com um número de contestações ingovernáveis com os procedimentos previstos de um sistema personalista e garantista da justiça criminal⁵³. Parece-nos, portanto, que os legisladores dos dois países tem a frente apenas um caminho para conjugar o respeito dos valores constitucionais, com a realização dos objetivos político-criminais de fortalecimento das medidas de distanciamento: adotar uma estratégia sancionatória capaz de maximizar o valor escalar das várias transgressões que podem ocorrer durante a pandemia, tendo também o cuidado de evitar sobreposições entre as diferentes sanções com cláusulas de subsidiariedade apropriadas (Princípio do *ne bis in idem*).

Assim, por violações das medidas de distanciamento "comuns", ou seja, destinadas a conter o risco *genérico* de contágio e aplicável ao público em geral, seria aconselhável adotar sanções administrativas relacionados com o não cumprimento das disposições⁵⁴. Para violações das prescrições mais qualificadas e identificadas subjetivamente, no entanto, pode ser usado com razão o instrumento criminal. Nesse sentido, embora por um lado pareça certamente adequado recorrer a cláusulas direcionadas de subsidiariedade, a fim de não prejudicar a possível aplicação dos crimes da epidemia ou contra a pessoa, por outro lado, parece absolutamente recomendável que essas cláusulas estejam ligadas a um crime de perigo abstrato vinculado ao "mero" incumprimento da medida de contenção. Como já vimos, em um contexto pandêmico a integração dos requisitos objetivos e subjetivos de crimes de eventos como epidemia ou contra a saúde individual e a vida se demonstra especialmente difícil⁵⁵. Pelo contrario, neste mesmos casos um delito focalizado no incumprimento das medidas de distanciamento maximiza os efeitos de dissuasão e simplificação dos processos de avaliação, sem prejuízo à consistência ofensiva da violação (e, portanto, à quantidade de desvalor da ação cometida).

À primeira vista, não há como ocultar como essa recomendação pode parecer ir contra a tentativa que estamos fazendo, para garantir um compromisso "ascendente" entre a proteção de prerrogativas individuais – sem dúvida garantida por uma política criminal focalizada no disvalor do evento - e a eficácia empírico-aplicativa das soluções implementadas. Efetivamente, existem perfis críticos. Na verdade, hoje convivemos

⁵³ V. *Supra*, par. 1.2.

⁵⁴ Em um sentido compatível G.L. GATTA, [*Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*](#), em *Sistema penale*, 26 marzo 2020.

⁵⁵ Em razão da alta propagação da doença na sociedade torna-se difícil demonstrar o nexo de causalidade entre a transgressão individual e o contágio de terceiros, bem como a vontade efectiva de infectar, ao envez (por exemplo) da mera intenção de usufruir de espaços de liberdade proibidos pelas medidas de restrição a que está sujeito (nesse sentido também V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., que em referência ao problema da causalidade, observa aceitavelmente "a resistência molecular e a capacidade infecciosa (até 72 horas em plástico; até 48 horas em aço; menos em papel e cobre) são incertas e variáveis, bem como o catálogo de superfícies hospitaleiro (cabelos? roupas? e por quanto tempo?) e tempos de incubação (de 3 a 14 dias) .Nem mesmo na distância mínima de segurança (um metro, um metro e meio e dois metros) e na dinâmica da passagem (imediato?) há unanimidade de opiniões").

passivamente a um problema cada vez mais recorrente na utilização da via penal, marcado pelo alto risco de deslegalização do direito penal em razão da excessiva complementação normativa por portarias e regulamentações. Ademais, essa fenomenologia fica ainda mais problemática na situação de pandemia, por causa das frequentes alterações das medidas de contenção feitas principalmente pelo Executivo, preocupado em limitar a propagação de uma doença que ainda não é bem conhecida, e garantir a economia com regras apropriadas para diferentes períodos. Isso, entre outras coisas, nos leva a acreditar que serão possível absolvições por situação de erro de tipo ou erro de proibição pela dificuldade de consciência acerca do ilícito.

No entanto, nesta hipótese em particular a opção a favor de uma norma penal “de obstáculo” parece representar um caso paradigmático sobre o uso constitucionalmente legítimo e criminologicamente racional de crime de perigo abstrato. Efetivamente, a transgressão de medidas destinadas a conter uma pandemia, que sejam além disso identificadas e qualificadas subjetivamente em termos de risco de contágio, parece *autonomamente* capaz de manifestar um nível considerável de perigo não soamente para a função de controle, mas diretamente para o bem jurídico que a mesma função pretenda salvaguardar (nesse caso, a saúde). Portanto, vinculando a aplicação da pena à salvaguarda da função de controle administrativo de situações de risco específicas e qualificadas, se garante a alta credibilidade racional da presunção que *sustenta* a abstração do perigo, e conseqüentemente a proteção direta da função no lugar do interesse subjacente⁵⁶. Ademais, do ponto de vista político criminal, o vínculo direto entre a transgressão e a sanção penal é provavelmente o meio mais eficaz também para orientar a comunidade à idéia da natureza imperiosa das medidas de isolamento. De fato, como visto, em situações de emergência pandêmica, a proteção da saúde e da vida dos cidadãos é decidida principalmente nesse campo, e o rigor é totalmente justificado pela comprovada eficácia empírica dessa ferramenta⁵⁷.

Concluindo, portanto, não será possível falar de um ilícito administrativo “disfarçado” como uma contravenção⁵⁸, porque o contexto em que está inserido (emergência de pandemia) e o conteúdo que a caracteriza (violações de prescrições qualificadas para proteger a saúde coletiva) justificam a natureza criminosa dos valores e dos objetivos racionais.

Proprio para garantir essa configuração, no entanto, seria apropriado não apoiar-se na legislação vigente, mas valeu-se pelo contrario da técnica das *leis penais temporárias ou excepcionais*. Os fatos típicos existentes, efetivamente, não foram projetados para operar no contexto de uma crise pandêmica. Utilizando-os, se poderia terminar, alternativamente, ou para alterar permanentemente o seus esquemas para adaptá-los ao

⁵⁶ Lembre-se que neste caso a abstração do perigo não é baseada em razões genéricas de precaução, mas em evidências científicas comprovadas (para aprofundar a questão dos tipos de incriminação de perigo abstrato v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 97 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969; A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi, G. Palombarini, Roma, 2002, 35 ss.).

⁵⁷ V. *Supra*, Introdução.

⁵⁸ Cf. M. DONINI, [Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei](#), in *Dir. pen. cont.-Riv.trim.*, 4, 2013, 13.

novo contexto, portanto com efeitos destinados irracionalmente a sobreviver além da emergência⁵⁹; ou arriscar soluções inadequadas, a partir do disvalor que eles podem expressar, comparado com a gravidade dos fatos que agora são precipitados de repente para punir.

Pois, seria apropriado introduzir um crime *ad hoc*, como um fato especificamente tipizado sobre as violações a serem sancionadas, também à luz do contexto excepcional em que estão inseridas.

Por outro lado, sempre na mesma lógica, o uso do instrumento de direito temporário pode representar uma oportunidade para lidar com alguns dos outros problemas sérios de imputação que estão surgindo. Um exemplo é dado das estruturas sanitárias, onde errando muito pouco, de fato, os operadores sanitário que trabalham em uma situação precária e de emergência, não adequada a os melhores padrões⁶⁰, poderiam ter que enfrentar acusações por lesões, homicídio, ou por epidemia. Então, se nestes contextos não se limita a imputação penal aos casos de culpa grave, se pode arriscar verdadeiramente de morrer de medicina defensiva⁶¹.

No que tange à forma como os sistemas de Justiça Criminal e a execução italiana e brasileira têm sido afetadas pela própria medida de distanciamento social, cabe ressaltar que as experiências também partilham, em certa medida, das mesmas dificuldades.

Primeiramente porque, em ambos os países comparados a Justiça Criminal está tendo que se readaptar para enfrentar a questão da impossibilidade de convívio comunitário. A suspensão dos prazos processuais - exceto para os casos mais essenciais - , a substituição de atendimentos e sessões presenciais por julgamentos telepresenciais foram algumas das necessidades inarredáveis diante da COVID-19. No que tange ao cenário de execução penal, apesar da população brasileira carcerária⁶² ser superior à italiana em termos quantitativos, ambas estavam, antes da crise pandêmica, padecendo de similares problemas decorrentes do encarceramento em massa e da falta de estrutura

⁵⁹ Foi exatamente isso que aconteceu na Itália com o art. 260 do Texto Consolidado das leis de saúde, v. *supra*, par. 1.2.

⁶⁰ Isso se deve apenas em parte a situações "fisiológicas" em um contexto de emergência. Na verdade, a Itália já havia protocolos lidar com situações de emergência semelhantes, que incluíam, entre outras coisas, o armazenamento de certos dispositivos de proteção. Esses protocolos nunca foram implementados pelos estabelecimentos de saúde (v. M. GABANELLI, *Coronavirus: i medici denunciano le aziende sanitarie, la politica vuole lo scudo penale*, em *corriere.it*).

⁶¹ Como evidência C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, em *stistemapenale.it*, 30 de março de 2020, "a difusão a ritmo exponencial da infecção e o alto número de pacientes que necessitam de tratamento e hospitalização, especialmente nas unidades de terapia intensiva (com uso de ventilação assistida) ou pneumologia, destacaram dramaticamente o limite de recursos disponíveis em termos estrutural e organizacional (número de leitos, disponibilidade de medicamentos e tecnologias) e subjetivo (presença de equipe médica e de enfermagem suficiente e com requisitos específicos de competência e conseqüente execução de turnos exaustivos de trabalho)".

⁶² O Brasil é o 3º lugar do mundo com a maior população carcerária no mundo. Segundo o Infopen 2019 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN>.

adequada ao atendimento às condições mínimas de salubridade decorrentes das regras internacionais de direitos humanos insculpidas, por exemplo, nas Regras de Mandela. Deste modo, a preocupação com a contaminação de pessoas dentro dos estabelecimentos prisionais na Itália e no Brasil, bem como no risco de rebeliões pela vedação de visitas aos presos, mereceu atenção dos órgãos responsáveis pela execução penal, ensejando a possibilidade de conversão em medidas menos gravosas como o recolhimento domiciliar.