

RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E O CONTROLE DA SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS PANDÊMICOS

CANTONI, William Matheus¹
HELENE, Paulo Henrique²

RESUMO:

O presente artigo trata sobre a perspectiva de mitigação de direitos individuais, por meios coercitivos, com a finalidade de preservar o controle de saúde pública coletiva. O tema, por sua vez, versa sobre a interpretação das diferentes fontes legislativas e seus respectivos decretos, aliado aos tratados preestabelecidos para o controle de doenças contagiosas nas mais variadas esferas. Assim, buscando o propósito de interpretar o direito penal conforme a necessidade de adequação no tempo para tutelar as relações entre saúde pública e o comportamento social frente às adversidades. A perspectiva de doutrinadores e estudiosos enriquece o debate, tendo em vista a eminência atual, servindo como direção para prospectar possibilidades futuras de aplicações de uma logística eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Pandemia, Saúde Pública.

RELATIONSHIP BETWEEN CRIMINAL LAW AND PUBLIC HEALTH CONTROL IN PANDEMIC TIMES

ABSTRACT:

This article deals with the perspective of mitigating individual rights, by coercive means. In order to preserve collective public health control. The theme, in turn, deals with the interpretation of different legislative sources and their respective decrees, allied with pre-established treaties for the control of contagious diseases in the most varied spheres. Thus, seeking the purpose of interpreting criminal law according to the need to adapt over time to protect the relationship between public health and social behavior in the face of adversity. The perspective of scholars enriches the debate, in view of the current imminence, serving as a guide to prospect future possibilities for the application of effective logistics.

KEYWORDS: Criminal Law, Pandemic, Public Health.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação do Direito Penal cumpre historicamente o papel de proteger bens jurídicos. Tratando-se de preservação da vida quanto à saúde pública atual, o debate ganha notória relevância frente às possibilidades encontradas na inovação dos dispositivos legais presentes no Código Penal e na Constituição Federal. Neste aspecto, insta salientar que a vocação máxima do direito penal é garantir condições existenciais da vida social.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: wmcpereto@minha.fag.edu.br.

² Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: paulohhelene@fag.edu.br.

A Legislação Penal possui um viés punitivo para impor uma coerção de normas ditas como imprescindíveis durante o lapso temporal que estão vigentes. Discorre sobre este assunto, Capez (2019), ao inferir que o Direito Penal tem, como missão, a subsistência do corpo social. Desse modo, nota-se a necessidade de adequação da lei penal no tempo, buscando organizar a vivência social garantindo bens jurídicos como a vida.

Neste contexto, no final do ano de 2019, surgiu em uma província chinesa, uma doença de rápido contágio e alta letalidade que, em pouco tempo, alastrou-se por vários continentes. Instaurou-se um surto de Coronavírus, fazendo com que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, declarasse Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, seguida pela Declaração de Situação de Pandemia, de 11 de março de 2020.

Vale destacar que, com o avanço da doença, medidas, por parte do Estado, foram implementadas para impedir a propagação e fornecer tempo hábil para não superlotar o sistema de saúde, o que causaria a morte de pessoas pela falta de oportunidade de receber atendimento. Dentre essas medidas supracitadas, pode-se destacar a quarentena para os indivíduos que tiveram contato com o vírus, posteriormente, o *lockdown*, como uma tentativa mais restritiva de conter a propagação, com fulcro na Lei nº 13.979/20.

Contudo, para fazer valer o engajamento social e o cumprimento das orientações, decretos foram criados, em esferas federal, estadual e municipal. Assim, importa dizer que, visando um bem coletivo, o conteúdo dos decretos, vezes se divergiam, causando incerteza populacional quanto à normatividade, e determinados conteúdos contrários ao interesse individual tutelados pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, quando uma conscientização não tem eficácia de maneira orgânica, levando em consideração princípios de cooperação e empatia social, impõe-se a lei penal, reconhecendo crime ou contravenção. Para a realização da interferência estatal em meios que restringem condutas, punindo-as com a finalidade de proteger um bem jurídico coletivo, o debate sobre assertividade e normatização possui relevância social, pois são norteadores das atividades taxadas como corretas ou erradas no lapso temporal que vigoram.

Neste sentido, destaca-se a relevância do debate de aplicação da lei penal devido às mudanças que atingem a sociedade, tendo em vista o papel Estatal em prestar cuidado aos bens jurídicos. A partir de divergências quanto à urgência relacionada à lei penal, infere-se que, é utilizada norma penal em branco para legitimar conteúdo relacionado com a saúde pública advindo de decretos, causando dúvidas e revolta por parte da sociedade, uma vez que detém extrema importância no cotidiano populacional, além de caráter econômico e político envolvido.

A priori, em situações atípicas, os mais tradicionais institutos tendem a se adequar para dar sentido a sua finalidade. Para entender como essa sistemática ocorre, é imprescindível buscar pensamentos de doutrinadores e estudiosos, além da letra das legislações vigentes, a fim de obter discernimento plausível, objetivando compreender as relações humanas frente à aplicação de normas coercitivas que contrapõem a então normalidade, além de um olhar crítico sobre a efetividade daquilo que está sendo imposto pelo Estado.

Busca-se, com isso, sanar dúvidas quanto aos limites de atuação das distintas esferas jurídicas aplicadas em um contexto fático incomum, deixando uniforme no entendimento do leitor as possibilidades de atuação estatal para tutelar a saúde geral. Ademais, vislumbra-se contemplar e enriquecer o meio acadêmico, servindo, para possível análise de pessoas interessadas pelo tema, tanto pelo viés educacional, quanto visando a aplicabilidade prática no cotidiano.

Assim sendo, entender quais são as consequências de mitigação de atos comumente praticados, bem como buscar interpretar como agir em um contexto em que diferentes entes federativos passam a determinar ações. Dentre divergências de normativas em escalas distintas, o cidadão indaga-se sobre incorrer em erro ou ser penalizado.

Neste contexto, questiona-se: para preservar uma causa coletiva, pode o Estado (Poder Público) criminalizar novos comportamentos? E ainda, quais os parâmetros de aplicação do Direito Penal em caráter emergencial? Para tanto, a presente pesquisa bibliográfica visa demonstrar os entendimentos de renomados autores sobre o tema supracitado.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DO PAPEL ESTATAL QUANTO À SAÚDE PÚBLICA

Constitucionalmente, a saúde pública possui amparo quanto ao direito que todos os cidadãos possuem, uma vez que a vida é considerada bem jurídico inviolável, priorizando políticas sociais com relação ao contexto de coletividade, para que possa obter êxito no âmbito individual, tendo tipificação de tutela amparada na previsão dos artigos 6º e 196 da Constituição de 1988, vislumbra-se:

Art. 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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 (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, pode-se inferir que configura papel de tutela estatal, a proteção à saúde, devendo utilizar dos meios legais cabíveis para nortear o adequado funcionamento dos meios hábeis a garantir eficácia neste ramo de tutela. Além do âmbito constitucional, o ordenamento penal também norteia sobre a saúde pública, como discorre Estefam (2020), explicando que um dos objetivos da lei penal é punir condutas que atentem contra a incolumidade pública, relacionado ao aspecto da saúde do grupo social.

Corroborando a ideia, Capez (2019) demonstra como o direito penal detém a função de criar, por meio de um viés punitivo, a formação de juízo ético dos cidadãos. Por conseguinte, o autor descreve que o compromisso ético-social estabelecido entre o Estado e os cidadãos se dá mediante valores, dentre estes, o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, dentre outros.

Em consonância ao assunto, a liquidez necessária para aplicar normas coerentes conforme as necessidades momentâneas exigiu que o direito penal utilizasse de sua modernidade para adequação. Sendo assim, nota-se a utilização da técnica de lei penal em branco para composição de crimes relacionados a bens jurídicos difusos, como, por exemplo, a proteção da saúde pública (BUSATO, 2018).

Neste passo, demonstra-se a ligação entre o Estado e as condutas para tutelar necessidades individuais e coletivas frente à saúde pública. Assim sendo, mesmo com a consciência da seriedade do assunto, o direito penal cumpre o papel de coerção frente à inobservância do contexto ético-social, assim como permite que demais normativas específicas venham fundamentar, de modo complementar, as leis penais em branco.

2.2 DIREITO PENAL ASSOCIADO À PANDEMIA

Levando-se em consideração o que foi mencionado e analisando o cenário atual, pode-se colocar que a vida, como um todo, passou a ser prioridade frente à ameaça global advinda do Coronavírus. Nesse sentido, o direito penal cumpre seu papel ao legitimar normas impostas em caráter emergencial, assim como punir aqueles que infringirem os crimes delimitados no Código Penal, os quais têm profunda relação com o contemporâneo momento. Dentre estes crimes, pode-se citar o artigo 267 do Código Penal, transcrevendo-se por pertinência:

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:
Pena - reclusão, de dez a quinze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)
§ 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.
§ 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.
Infração de medida sanitária preventiva (BRASIL, 1940).

Sabendo disso, como demonstra Capez (2019), todos os indivíduos possuem direito ao ar, a água, dentre outras substâncias vitais saudáveis para usufruir. Dessa forma, aquele que, de algum modo expor as substâncias já mencionadas, atingindo a coletividade de maneira prejudicial ou letal, incorre em crime tipificado pela lei penal. Neste caso, o bem tutelado é a vida, tomando por base os meios básicos para sobrevivência coletiva.

Nestes termos, causar epidemia possui sua tipificação uma vez que a saúde da coletividade está sendo ameaçada por um agente infeccioso. Para que esse crime aconteça, é necessário um meio vital de transmissão e uma vez contaminado, atinja os demais atuantes da sociedade, pondo-os em iminente risco.

Logo, possui como objeto jurídico, a saúde pública, tendo como ação nuclear o verbo propagar. Qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo desse crime, inclusive portador de doença infecciosa, entretanto, a coletividade encontra-se como sujeito passivo. Infere-se que é passível a tentativa, e a consumação se dá quando várias pessoas são infectadas pelo germe patogênico. Por fim, a forma pode ser simples, qualificada ou culposa (CAPEZ, 2019).

Contextualiza-se que, tratando-se de saúde pública, as variáveis demonstram ser um grande desafio para tutelar o direito a vida. Pensando nisso, o legislador cria normas passíveis de alterações por parte de normativas que venham especificar sobre o caso momentâneo, chamadas de normas penais em branco, possuindo notória exemplificação no assunto tratado do artigo 268 do Código Penal, fazendo-se, a transcrição, válida e oportuna:

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.
Omissão de notificação de doença (BRASIL, 1940).

Importante ressaltar que, infringir dolosamente determinações do poder público, remete a outro texto normativo complementar que venha fazer sentido para com essa norma penal em branco. Comprova Nucci (2019) que a palavra branco, relacionada com a norma penal, remete a um espaço claro, em que não oferece a imediata interpretação daquilo que se pretende tutelar, devendo analisar um apêndice descritivo que agirá com caráter explicativo.

Levando em consideração esses aspectos, o direito penal permite dialogar com a situação fática vivenciada pela sociedade, buscando se moldar de acordo com as medidas e determinações impostas pelo poder público. Contextualizando com o cenário pandêmico, demonstra ser a união de

diferentes institutos, mesclando atualidade com o cunho punitivo, de forma a buscar a finalidade de proteger a saúde pública.

Tendo em mente o que foi observado, a Lei nº 13.979/2020 na sua função de propiciar ao Estado o dever de proferir medidas de enfrentamento à pandemia, tanto na esfera individual, quanto na empresarial e coletiva, serviu para preencher a lacuna da lei penal em branco, dando sentido à complementariedade exigida por esta. Além disso, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 356/2020, complementou e legitimou a necessidade de todo apelo necessário para minimizar a disseminação do vírus com relação às medidas protetivas cabíveis.

Afirma-se, com isso, que dentro do âmbito penal constitucional, segundo Lima (2012), tendo como base as constantes variações quanto a normativas de saúde pública, perderia o sentido propor intervenção do processo legislativo, sempre mais demorado, portanto, a execução do direito penal, aliada à complementação fornecida pelo administrativo, torna-se solução eficaz e célere para buscar sanar a demanda.

Prosseguindo no pensamento das normas penais capazes de influenciar dentro de um contexto pandêmico, nota-se que os artigos 129, 131, 132, ambos do Código Penal, tratam respectivamente de lesão corporal, moléstia grave por meio de contato contagioso e expor a vida de outrem a perigo direto e iminente. Ocorre que, esses tipos penais, são doutrinariamente considerados abrangidos pelos artigos anteriormente citados, visto que se torna dúplice sua tipificação penal, pois seu conteúdo está contido nas normas dos artigos 267 e 268 ambos igualmente do Código Penal (BRASIL, 1940).

2.3 PENSAMENTO DE ESTUDIOSOS SOBRE APLICAÇÃO PENAL QUANTO AO RISCO DA SAÚDE

Diante dos aspectos analisados, Lima (2012) interpreta a aplicação do direito penal como um controle social formal, uma vez que é advindo do Estado, diferentemente se fosse proveniente de religião ou entidade familiar que, para ele, seria considerado controle social informal. Esse contexto formal, remete ao entendimento do legislador para garantir as condições necessárias de subsistência do corpo social.

Neste contexto, vislumbra-se o pensamento de Silva Sánchez (2011), o qual afirma que o direito civil cumpre o papel de indenizar o dano decorrente de uma conduta, portanto, não é efetivo em prever o risco que leva ao dano. Em consonância com esse pensamento, o direito administrativo possui respaldo em prestações pecuniárias que, embora tenham sua utilidade, não conseguem impor o mesmo temor punitivo advindo do direito penal, servindo como intimidação para encerrar as condutas praticadas que causariam o risco iminente.

Dado o exposto, o pensamento aplicado ao controle da saúde pública é evitar o risco do dano, pois este pode ser insanável quando se trata de danos irreversíveis relacionados à vida alheia. Para alguns doutrinadores, há a necessidade de instaurar meios mais agressivos para conter os ricos que, possivelmente, venham a desencadear desordem coletiva, além de danos irreparáveis.

2.4 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS MITIGADOS POR MEDIDAS COLETIVAS

O entendimento hierárquico das normas contemporâneas é prevalecer o disposto na Constituição, sendo que essa elenca os direitos e deveres fundamentais para a sociedade. Entretanto, as normas constitucionais e as infraconstitucionais possuem algo em comum acerca da proteção do corpo social mediante adequação das normas ditas como imprescindíveis para garantir a vida e contemplar o mínimo que compõe a dignidade da pessoa humana.

Lima (2012) confirma, em seus estudos, que o princípio da proporcionalidade deve ser levado em consideração quando o direito penal utilizar da imperatividade ao se deparar com valores essenciais à vida do homem em sociedade. Com isso, denota-se que as normas constitucionais serão respeitadas pelas normativas infraconstitucionais, porém, tratando-se de necessidade premente relacionada com a vida da coletividade, poderá o direito penal, neste caso como representante das normas infraconstitucionais, utilizar de sua imperatividade para visar à coletividade.

Neste contexto, cabe ressaltar que a discussão quanto a mitigar direitos individuais constitucionalmente positivados, requer análise do texto normativo, pois o direito não é absoluto. Verifica-se, no artigo 5º, XV da Constituição de 1988: “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” (BRASIL, 1988).

Sobre o conteúdo normativo aludido, pode-se inferir que está relacionado aos termos da lei, fazendo valer, com isso, o disposto na Lei nº 13.979/2020 que norteia as possibilidades de atuação do poder público para conter o avanço da disseminação do vírus, além da regulamentação pelo Decreto nº 10.282/2020, juntamente com o parecer do Ministério da Saúde nº 356/2020 que fundamentou as medidas de isolamento, bem como ressaltou a importância de ser efetivada, com maestria, para minimizar o agente patológico capaz de colapsar a saúde pública.

2.5 DA NORMA PENAL EM BRANCO

Possui relevante importância mencionar que as lacunas advindas das normas penais em branco explicitam a preocupação do legislador sobre as hipóteses que este não consegue prever, contudo, são

passíveis de ocorrer na vivência real. Segundo Estefam (2020), a impossibilidade humana de previsão de todos os casos futuros, devida a uma rápida transformação das condições de vida da sociedade moderna, aliada com novos problemas e contrastes, fazem valer as lacunas da norma penal em branco.

Com relação à norma penal em branco aliada ao contexto pandêmico, Nucci (2018) caracteriza que o artigo 268 do Código Penal, supracitado no decorrer da pesquisa, possui algumas características sobre o aspecto de complementariedade da norma. Dentre eles, vale ressaltar que o poder público evidenciará um caso de doença contagiosa, exemplificando, caso ocorra a revogação da determinação por não se tratar de doença contagiosa, afirma o autor que retroagirá beneficentemente para alcançar aqueles que vieram a ser processados ou condenados. Por outro lado, se a determinação for revogada, pois a doença que era propagada foi controlada e não causa mais o mesmo risco, o complemento é ultrativo, os que foram processados seguem respondendo o processo.

Desse modo, entende-se que a norma passível de interpretação em institutos mutáveis, não serve para ser imperativa a qualquer custo, sob a premissa de complemento vago. Vale ressaltar ser necessário o fundamento advindo de outro caráter normativo, ou órgãos competentes capazes de com credibilidade complementar a norma. Caso ocorra equívocos como o autor demonstra, a retroatividade benéfica fica inerente a aplicação do justo.

2.6 DAS MEDIDAS DE SAÚDE UTILIZADAS EM TEMPOS PANDÊMICOS

Quando se iniciou a transmissão do vírus letal, percebeu-se que os Estados precisariam utilizar de normas para o controle da disseminação da doença, evitando mortes em massa e diminuindo os impactos na saúde pública. Vale ressaltar que no Brasil, a Lei nº 8.080/90 dispunha sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, assegurando poderes para autoridade pública agir em emergência de doença contagiosa.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Lei nº 6.259/75, juntamente, com o artigo 269 do Código Penal, nortearam condutas para controle da vigilância sobre doenças contagiosas, incluindo a figura do médico em comunicar as autoridades competentes ao se deparar com casos clínicos de doenças infecciosas de periculosidade, sob pena de detenção. Ademais, o Decreto nº 395/09 permitiu que o Estado brasileiro entrasse em consonância com a prevenção da propagação internacional da doença.

Por fim, utilizando-se de todas as normativas citadas, foi promulgada a Lei nº 13.979/20 e, posteriormente, a Portaria Interministerial nº 5, as quais deram suporte e legitimidade para o complemento das então debatidas normas penais em branco, além de dispor sobre quais as medidas que o Estado poderia tomar no enfrentamento. Das medidas, pode-se citar o isolamento e a quarentena

compulsória, justificando a causa de sobrepor direitos constitucionais em tempos comuns, para preservar a vida e saúde coletiva em um cenário atípico.

2.7 DA DIFICULDADE POPULACIONAL NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

Tendo como base os argumentos apresentados, o questionamento sobre o critério complementar das normas estabelecidas pelo poder público, gerou-se uma discussão sobre a cooperação entre os poderes, uma vez que a complementariedade até o momento, estava respaldado na Lei nº 13.979/20, com narrativa de extrema importância relacionada ao seu artigo 3º, a qual fora criada pelo poder executivo federal.

Neste contexto, de acordo com Greco (2020), estabeleceu-se com essa sistemática um caos relacionado com a interpretação divergente de entes federais, Distrito Federal, estaduais e municipais quanto aos conceitos, por exemplificação, ditos essenciais ou não. A divergência causou confusão de interpretação populacional e gerou um debate no STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341.

Com o debate instaurado, segundo entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, podem, os demais entes, ter competência para tomar providências normativas e administrativas. Para tal, entende-se que a Lei nº 13.979/2020 deve ser interpretada de acordo com a Constituição, dando, aos demais entes, a possibilidade de resguardar suas autonomias. Entende-se, por fim, que o chefe do poder Executivo Federal, caso fizesse uma normativa única, estaria contra o princípio da separação dos poderes (BRASIL, 2020).

Determina-se uma insegurança por parte dos serviços que são ditos essenciais no âmbito federal, sujeitos a sanções quando observados da ótica estadual ou municipal. Assim, Leite e Greco (2020) citam o caso de um proprietário de lotérica para exemplificar, uma vez que, na ótica do Governo Federal respaldada pelo Decreto nº 10.282/2020, que seu serviço é essencial e deve permanecer atuando. Por outro lado, depara-se com governadores e prefeitos ameaçando sob pena de prisão, caso abra seu comércio, pois, no entendimento deles, a atividade não se enquadra como essencial. A consequência gerada é uma complexa constatação para interpretação do tipo penal.

2.8 DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS QUANTO À APLICAÇÃO PENAL

A seguir, serão expostas as possíveis soluções propostas por Leite e Greco (2020), relacionadas com a abordagem da norma penal em branco frente às confusões causadas pelas diferentes linhas de complementariedade. Para tanto, serão evidenciadas possibilidades explicativas

sobre as medidas vistas, pelos autores, como mais assertivas na aplicabilidade fática, tendo em vista o caso concreto.

Inicialmente, cita-se a possibilidade de considerar o artigo 268 do Código Penal como inconstitucional, dado que afronta a premissa de não haver crime sem lei anterior que venha defini-lo, contexto esse que se faz presente no texto constitucional artigo 5º, capítulo XXXIX. Para justificar o exposto, questiona-se quem é o poder público e quais as definições pode realizar, pois, da forma que está posto, gera insegurança aos cidadãos.

Posterior a essa tentativa, caso não aceita, busca-se solução regulatória em outra parte do processo complementar, estabelecendo um filtro no artigo 268, do Código Penal, com a finalidade de fazer valer a determinação constada. Dessa forma, a complementariedade, apesar de ser advinda de outra normativa, seria única e abrangente a ponto de delimitar a relação do destinatário, tanto quanto o comportamento do demandado.

Apesar de manter uma discricionariedade quanto a aplicação de norma, não seria abrangente a ponto de vários entendimentos para tipificação do mesmo artigo penal. Pode-se dizer que o artigo já mencionado serviria para individualizar aqueles que, por constatações médicas, precisam ficar afastados, punindo-os, caso assim não o façam, ou especificar serviços análogos àqueles proibidos, exemplificando, academias fechadas por restrição, isso implica dizer que o pessoal que der aulas individuais em domicílio também está tipificado na incorrência do crime? Esta é a demanda de uma determinação específica sobre as possibilidades de abrangência do complemento normativo.

Outrossim, discorrendo sobre o assunto na perspectiva dos autores, caso não logre êxito nas duas possibilidades destacadas, levando em consideração o caos instaurado pela falta de determinação do que está criminalizando, a população não poderia ser penalizada sem clara lei anterior que a defina, incorrendo em erro de tipo, agindo como uma excludente de ilicitude. Entendendo isso, compreende-se que essa possibilidade colocaria a população como equivocada, eximindo o poder público da falta de clareza na aplicação da norma, por esse motivo possui um desconforto, apesar de ser menos gravosa no sentido de não condenar o indivíduo pelo ato.

Por conseguinte, o entendimento, caso não obtivesse a real função no erro de tipo, entraria na esfera de erro de proibição fundamentado no artigo 21, do Código Penal. Essa sistemática ocorreria, pois, trata-se de pessoas comuns buscando doutrinadores e aplicadores do direito para sanar uma dúvida, a qual, nem estes saberiam decifrar devido à incerteza objetiva. Neste contexto, o cidadão atua sem culpabilidade, uma vez que não encontra meios para sanar uma situação controversa. Importante ressaltar que não resolve os problemas de identificação do causador, mas infere a um erro de proibição inevitável.

Mostra-se nesta perspectiva, que os axiomas do direito penal desenvolvidos na clássica obra de Luigi Ferrajoli (2002), garantem os princípios imprescindíveis, que, mesmo em causas modernas, norteiam as necessidades de se ater a normativas basilares para aplicação do direito. Nessa perspectiva, avalia-se falha de desenvoltura no manuseio de normas já presentes no ordenamento jurídico, quando delas necessitam se encaixar no tempo, para fluir de acordo com as necessidades enfrentadas.

Justificando tal feito, tratando-se de saúde pública, o tempo demonstra ser fator contrário ao desenvolvimento calmo de matérias relacionadas a alteração de normativas. Com isso, nota-se pelos estudos de Leite e Greco (2020) que o legislador precisa ser célere e responsável, agindo com imediatez e criatividade, frente à uma situação inesperada. Com isso, desenvolve-se um caudal regulatório, contemplando leis excepcionais, decretos e portarias, atos que venham a dar fundamentações a artigos já preestabelecidos em lei.

No tocante ao caudal regulatório, como forma de exemplificação da distinção normativa dada por diferentes entes federativos, pode-se citar o já mencionado Decreto Federal nº 10.282 de 2020, mais especificamente em seu artigo 3º, que demonstra qual o entendimento sobre serviços essenciais, por exemplo, o inciso XXXIX, considerando essenciais atividades religiosas de qualquer natureza.

Nesta mesma perspectiva, um sacerdote de determinada religião após iniciar as manifestações religiosas no seu respectivo local, amparado pela normativa se depara com a possibilidade de estar infringindo determinação estadual referente ao mesmo tema. Pois, no estado em que reside, a atividade religiosa é considerada não essencial pelo governador, podendo neste aspecto ter ameaça de prisão para aqueles que vierem descumprir o entendimento.

Assim, diante de comandos, mesmo com a intervenção necessária pelo contexto enfrentado, contraditórios e sem a perspectiva de se socorrer a um entendimento pacífico, o cidadão acaba agindo sem culpabilidade, pois mesmo a doutrina não compreendia de maneira ampla um entendimento que viesse vigorar de maneira clara e objetiva (LEITE e GRECO, 2020).

Necessitando de um rápido pensamento do legislador, assim como de uma coercitividade que possa impor temor garantindo a saúde populacional, medidas foram utilizadas, uma vez que na falta destas, a inércia poderia trazer um resultado devastador frente à um colapso causado pelo vírus. O debate por questões técnicas de fundamentos normativos comportamentais cumpre a finalidade de servir como parâmetro para enriquecer as possibilidades de atuação legislativa frente a qualquer outra ameaça generalizada que possa atingir a coletividade populacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira geral, o direito penal cumpre um fundamental papel organizacional quanto à forma de vida social, por vezes atuando para coagir o indivíduo a não cometer uma conduta gravosa que venha afrontar o direito alheio ou ir contra a vivência social como um todo. Dentro dessa perspectiva, destaca-se a mutabilidade das demandas dentro de uma sociedade que, em decorrência do tempo, se altera e ajusta com inúmeros fatores envolvidos relacionados com costumes, inovações e questões patológicas.

Em uma perspectiva comum, os direitos fundamentais não possuem uma hierarquia, sendo assim, a visão social sobre a mitigação de direitos positivados, tende a ser interpretada como uma afronta à Constituição. Conforme a análise dos estudiosos, o direito penal visa garantir, dentre outras garantias, a vida do cidadão, e caso necessário, alterar a normalidade por um fator patogênico, letal e incomum, será utilizado de maneira coativa, servindo de forma a preencher o espaço dos princípios de cooperação social.

Nesta sistemática, surge a norma penal em branco, permitindo que a lei penal se enquadre no tempo, sendo preenchida por situação atual e utilizada com legitimidade por estar constando no código penal. Vale destacar que preencher a lacuna da norma penal em branco, possui suma interferência na eficácia daquilo que é entendido pela coercitividade da norma, pois dependendo como ocorrer o complemento a utilização será fundamentada e aplicada.

Deste modo, uma questão relevante notada no contexto pandêmico vivenciado, foi a divergência nos decretos dos diferentes entes federativos brasileiros que causaram uma insegurança jurídica. Para o âmbito federal, algumas profissões eram consideradas essenciais, enquanto para a normativa estadual ou municipal, o entendimento é distinto, devendo punir o profissional que atuar, mesmo não sendo um entendimento pacificado entre União, Estados e Municípios.

A permissão para todos os entes participarem ativamente do processo de fundamentação da lei penal, partiu de um princípio de que serviria para entender a logística de forma cirúrgica, aplicando nas necessidades específicas o respaldo necessário para proteger a coletividade. Esse entendimento foi proferido pelo STF, como mencionado no decorrer do artigo, de forma a garantir a autonomia dos entes federativos frente à realidade particular de cada localidade, porém causou confusão ao propor os complementos distintos para nortear a mesma norma.

Partindo do pressuposto de uma insegurança jurídica, a qual não poderia ser sanada por renomados doutrinadores, como mencionado anteriormente, da mesma forma não ficou claro para o cidadão. Com isso, renomados estudiosos definiram teses sobre o que deveria ocorrer para acabar com a insegurança, bem como dar respaldo para aqueles que foram punidos por um entendimento

divergente daquilo que acreditava estar correto. Além disso, advém o princípio de que não há crime sem lei que o defina, pois se não possui um consenso sobre a aplicabilidade de determinada legislação, não poderá sofrer sanção penal, o indivíduo que descumprir ou cumprir aquilo que não está claramente definido.

Para possibilitar um entendimento claro, na visão dos doutrinadores citados, o artigo 268, do Código Penal deveria expressar quem é o poder público que estará responsável para preencher a norma penal em branco, determinando claramente a competência e evitando a ocorrência de divergências. Por conseguinte, após determinada, a norma complementar deve possuir um caráter bem delimitado a ponto de não surgir divergência de entendimento quanto às áreas de atuação que estarão restritas ditas não essenciais, assim como as que estariam com seu funcionamento liberado dentro dos limites impostos.

Na sistemática adotada, não ocorreu essa delimitação, gerando o entendimento de que aquele indivíduo punido por lei penal adotada com divergência de entendimento estaria agindo em erro de tipo, incidindo no fato típico, até pelo motivo de que a norma não está posta de maneira uniforme para que todos possuam o mesmo entendimento.

Ainda, outra possibilidade cabível está no erro de proibição, de acordo com o artigo 21 do Código Penal, pois o agente pratica o ato, acreditando que sua conduta está de acordo com a normatividade do direito vigente, quando na verdade acaba sendo surpreendido com o discurso de que sua prática é proibida. Tradando-se da sistemática penal, o agente atua sem culpabilidade.

Percebe-se que, em um aspecto geral, lidar com uma patologia de suma gravidade se tornou um desafio, fazendo com que o poder público atue de forma célere e que a população compreenda igualmente de maneira rápida. Neste percurso, a sistemática adotada para mudar a rotina de uma nação acaba sendo radical, tanto quanto coercitiva, e mesmo visando um bem comum, por vezes acaba gerando dificuldade no entendimento daqueles que vieram ser penalizados por suas condutas.

Além da questão pandêmica, a economia fez com que muitos setores se fundamentando com entendimentos de entes federativos distintos ao pensamento que lhes prejudicaria, agiram de forma em tentar garantir sua subsistência. Para tanto, historicamente outros eventos de doenças contagiosas arrasaram nações, fazendo crer que naturalmente outras virão, tendo a necessidade de uma adequação na legislação para estar preparado, evitando caos e demais prejuízos.

Conforme amplamente debatido, o direito penal cumpre o papel de ser punitivo a ponto de o indivíduo ser obrigado a adotar os padrões éticos e morais que deveriam permear sua vivência com a sociedade. Sendo assim, para que esta legislação possa se adequar no tempo, possui grande relevância as normas penais em branco, no entanto, elas devem possuir uma normativa que delimite quem tem

o poder de preencher, bem como todos os requisitos que devem conter para que não haja campo para inúmeras interpretações sobre o mesmo tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

_____. **Decreto Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

_____. **Lei nº 13.979**, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. **Portaria nº 356**, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Decreto nº 10.282**, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Lei nº 6.259**, de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. **Decreto nº 395**, de 09 de julho de 2009. Aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/586623/publicacao/15815158>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. **Portaria Interministerial nº 5**, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em 24 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BUSATO, P. **Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**. vol. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, L.; LEITE, A. **Direito Penal, saúde pública e epidemia – parte 1**. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020#:~:text=Lu%C3%ADs%20Greco&text=268%20CP%2C%20o%20crime%20de,quem%20morre%20\(Parte%20II\)](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020#:~:text=Lu%C3%ADs%20Greco&text=268%20CP%2C%20o%20crime%20de,quem%20morre%20(Parte%20II)). Acesso em: 18 abr. 2021.

JAPIASSÚ, C.; SOUZA, A. **Gendarme do Direito**: a tutela penal da saúde pública frente à pandemia do novo coronavírus. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/568>. Acesso em: 12 abr. 2021.

LIMA, J. **Direito Penal Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012

NUCCI, G. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, S. **Saúde Pública e Direito Penal**: os delitos em tempo de pandemia. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/537> Acesso em: 20 abr. 2021.

SANCHEZ, J. **A Expansão do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.