

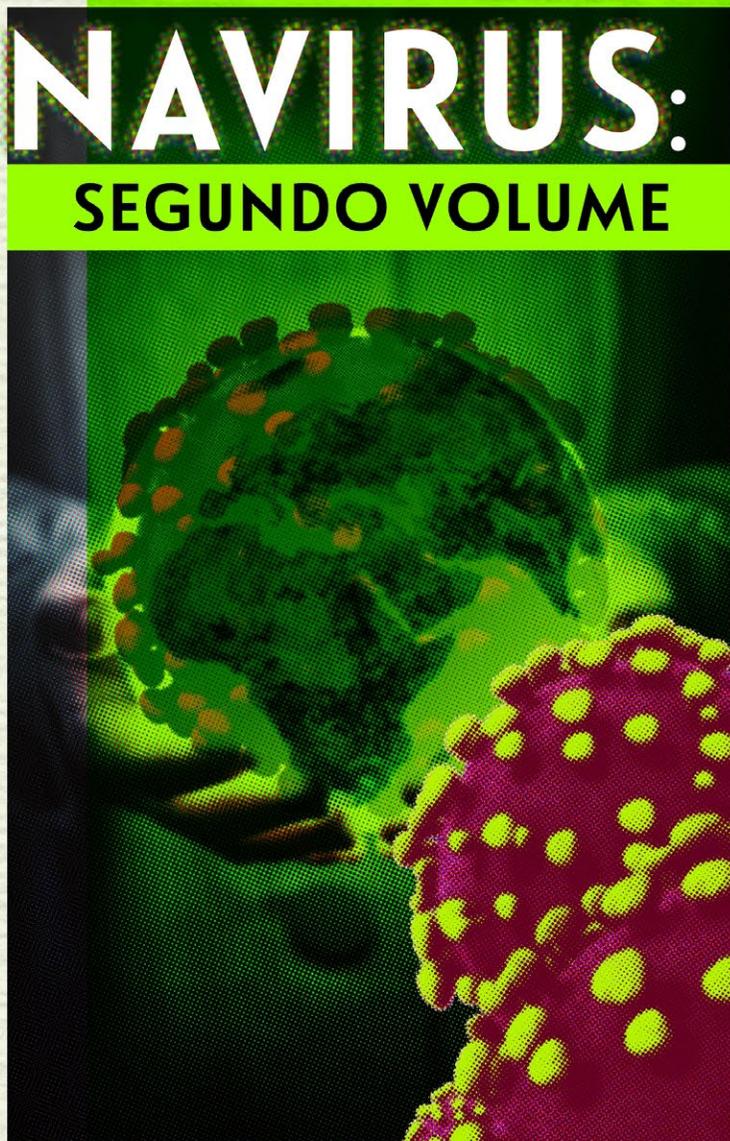
Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de

CORONAVIRUS:

SEGUNDO VOLUME

AUTORES:

Alana Stefanello Gonçalves
Alessia J. Magliacane
Alex Ian Psarski Cabral
Aloísio Cristovam dos Santos Júnior
Ana Paula da Silva Sotero
André Luiz Batista Neves
Antonio Sá da Silva
Bernardo Montalvão
Christine Mattos Albiani
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral
Edilton Meireles
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Francesco Rubino
Grupo de pesquisa Vida/UFBa (Mônica Aguiar)
Hilda Ledoux Vargas
Josinaldo Leal de Oliveira
Leandro Fernandez
Leandro Reinaldo da Cunha
Lucas Faillace Castelo Branco
Luciano Martinez
Maria Elisa Villas-Bôas
Mario Jorge Lima
Marta Carolina Giménez Pereira
Mirtha Lorena Giménez Pereira
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Paulo Modesto
Ricardo Maurício Freire Soares
Rodolfo Pamplona Filho
Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Thais Bandeira



APRESENTAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

PREFÁCIO:

Saulo José Casali Bahia

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO:

**Saulo José Casali Bahia e
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**



**EDITORA
IASP**

Saulo José Casali Bahia
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
ORGANIZADORES

Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: Segundo Volume

AUTORES:

Alana Stefanello Gonçalves, Alessia J. Magliacane, Alex Ian Psarski Cabral,
Aloísio Cristovam dos Santos Júnior, Ana Paula da Silva Sotero,
André Luiz Batista Neves, Antonio Sá da Silva, Bernardo Montalvão,
Christine Mattos Albiani, Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, Edilton Meireles,
Fábio Perianandro de Almeida Hirsch, Francesco Rubino,
Grupo de pesquisa Vida/UFBa, Hilda Ledoux Vargas, Josinaldo Leal de Oliveira,
Leandro Fernandez, Leandro Reinaldo da Cunha, Lucas Faillace Castelo Branco,
Luciano Martinez, Maria Elisa Villas-Bôas, Mario Jorge Lima,
Marta Carolina Giménez Pereira, Mirtha Lorena Giménez Pereira, Mônica Aguiar,
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, Paulo Modesto,
Ricardo Maurício Freire Soares, Rodolfo Pamplona Filho,
Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Thais Bandeira

APRESENTAÇÃO:

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

PREFÁCIO:

Saulo José Casali Bahia



EDITORA
IASP

São Paulo - SP
Editora IASP
2020

ISBN 978-65-87082-01-1

**DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS
EM TEMPOS DE CORONAVIRUS: SEGUNDO VOLUME**

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e diagramação: Girafo Consultoria

Livro Digital

Dados para catalogação

BAHIA, Saulo José Casali (Coord.)

Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia e Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. São Paulo: Editora Iasp, 2020. volume 2. 510p.

ISBN: 978-65-87082-01-1

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais.
3. Coronavírus. I. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Coordenador). II. Autores. III. Título

CDDoris 341.27
Cutter B151d

Karina Borsari
CRB-8/4951

Uma publicação do Instituto de Direito Constitucional da Bahia, em associação com o Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

REALIZAÇÃO:

IDCB
**INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA**



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA



Academia de Letras Jurídicas da Bahia



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**

Sumário

Apresentação

CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS _____ 8

Prefácio

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA _____ 10

Participam Desta Obra _____ 13

COVID-19: Una Storia Italiana.(Parte I: Il Contagio)

ALESSIA J. MAGLIACANE E FRANCESCO RUBINO _____ 21

Um “NOVO” Propósito para a Inovação: a Pandemia que Reinventou o Estado

ALEX IAN PSARSKI CABRAL _____ 73

Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão

ANA PAULA DA SILVA SOTERO E RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES _____ 91

Direito Constitucional Econômico: Algumas Considerações Sobre o Princípio da Soberania Nacional e a Pandemia da COVID-19

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES _____ 112

Enfermidade, Isolamento Social e Tragédia no Filoctetes de Sófocles: Por Que os Gregos Confiaram à Amizade e à Justiça o Cuidado com a Vulnerabilidade de Nossas Vidas?

ANTONIO SÁ DA SILVA E WELLITON DA SILVA SANTOS _____ 125

A Pandemia do Corona Vírus Observada a Partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: Breves Considerações

BERNARDO MONTALVÃO _____ 150

Os impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais

CHRISTINE MATTOS ALBIANI _____ 164

Organização Mundial da Saúde e sua Atuação no Âmbito da Saúde Pública Internacional

CRISTIANE HELENA DE PAULA LIMA CABRAL _____ 182

Direitos Fundamentais Trabalhistas na Pandemia e o Não Retrocesso Social

EDILTON MEIRELES _____ 200

| | |
|---|-----|
| Respeito ao Corpo Morto e a Pandemia do COVID-19 no Brasil: Uma Análise à Luz dos Fundamentos do Candomblé e da Umbanda | |
| FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH _____ | 214 |
| O Direito à Convivência Familiar e o Isolamento Social Imposto pela Pandemia de COVID-19 | |
| HILDA LEDOUX VARGAS _____ | 240 |
| Efeitos Jurídicos do Coronavírus (COVID-19) das Relações de Consumo: Um Olhar Voltado para a Necessária Harmonização de Interesses | |
| JOSINALDO LEAL DE OLIVEIRA _____ | 260 |
| Breves Considerações Acerca das Relações Familiares em Tempos de COVID-19 | |
| LEANDRO REINALDO DA CUNHA _____ | 279 |
| Onerosidade Excessiva em Tempo de Coronavírus no Brasil e a Frustração do Propósito Contratual no Direito Inglês | |
| LUCAS FAILLACE CASTELO BRANCO _____ | 296 |
| O Dever de Acomodação Razoável em Favor dos Empregados Imunodeficientes nos Tempos do Coronavírus | |
| LUCIANO MARTINEZ E ALOÍSIO CRISTOVAM DOS SANTOS JÚNIOR _____ | 314 |
| A População Idosa e o Ageism na Atual Pandemia: O Desafio de uma Abordagem Humanista | |
| MARIA ELISA VILLAS-BÔAS _____ | 347 |
| COVID-19 Human Social Drama and Economic Losses: The Opportunity to Reform the Fiscal Systems | |
| MARIO JORGE LIMA _____ | 368 |
| La Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico en las Patentes Farmacéuticas: La Experiencia Mexicana y Argentina en un Repensar Pandémico | |
| MARTA CAROLINA GIMÉNEZ PEREIRA E MIRTHA LORENA GIMÉNEZ PEREIRA _____ | 389 |
| Bioética, Psicologia e o Impacto da Pandemia do SARS-COV-2 no Meio Ambiente Social: Um Estudo de Caso | |
| ARTIGO ELABORADO PELO GRUPO DE PESQUISA VIDA/UFBA LIDERADO PELA PROFESSORA DOUTORA MÔNICA AGUIAR _____ | 415 |
| Promoção da Confiança Pública e Paralisia Decisória Durante a Pandemia do COVID-19: Encontro Marcado com o RE 1.133.118 (nepotismo em cargos político-administrativos) | |
| PAULO MODESTO _____ | 429 |

estado de calamidade pública assumem especial relevância: A Medida Provisória n.º 927/20 e a n.º 936/20.

A primeira veiculou uma série de providências que, como regra, podem ser adotadas unilateralmente pelo empregador, nomeadamente o teletrabalho, a antecipação de férias, a concessão de férias coletivas, a antecipação de feriados e uma peculiar configuração do banco de horas.

A seu turno, a MP n.º 936/20 consagrou duas delicadas possibilidades: a redução proporcional de jornada e de salário e a suspensão contratual. Os impactos financeiros sofridos pelo trabalhador serão minorados em razão do pagamento do Benefício Emergencial pela União Federal.

O Direito do Trabalho de crise, que emerge na atualidade, oferece a todos, empregadores, trabalhadores, sindicatos e operadores do Direito, desafios sem precedentes. Como na canção de Lulu Santos, *“nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia”*.

COVID-19 e o Art. 268 do Código Penal: um Velho-Novo Crime de um Tempo Esquecido

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

ALANA STEFANELLO GONÇALVES

Sumário: 1. O Problema; 2. As medidas do Poder Público destinadas a impedir a propagação do COVID-19; 3. Embates etiológicos e jurídicos sobre o seu alcance do artigo 268 do Código Penal; 4. Responsabilidade penal de quem viola medidas sanitárias adotadas pelo Poder Público e funções instrumentalistas de sua criminalização; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. O problema

No decorrer do século XX, fatores como a ampliação do saneamento urbano, a elevação do grau de escolaridade e o desenvolvimento da ciência e de tecnologias médicas permitiram expressiva melhora nas condições de vida do ser humano, contribuindo inclusive para uma queda vertiginosa na mortalidade por doenças infecciosas. Por conseguinte, a relevância jurídico-penal de crimes relacionados à propagação de doença contagiosas perderam seu espaço no século XXI.

Nesse diapasão, o artigo 268 do Código Penal^[1] tornou-se um daqueles dispositivos costumeiramente negligenciados nos cursos de graduação e pós-graduação. Um crime contra a saúde coletiva que parecia perdido no tempo, nos rincões dos séculos anteriores, quando epidemias dizimavam

1. 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.

pessoas aos borbotões.

Pondera Harari que o Século XXI trouxe boas razões para acreditar que, na “corrida armamentista” entre médicos e germes, a ciência médica esteve em vantagem ^[2]. Em escala global, o presente Século, como antes nunca visto, parecia ser o do triunfo da humanidade sobre as doenças virais e bacterianas. A despeito disso, após o surto de COVID-19 na China, em poucos meses, tudo mudou.

Em uma época na qual a ciência médica se encontrava no mais alto grau de desenvolvimento de sua história, pareceria inimaginável, até o fim de 2019, pensar acerca de uma intervenção penal para quem descumprisse determinadas normas do Poder Público destinadas a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Todavia, a COVID-19 é uma doença viral infecciosa de fácil transmissão que rapidamente já deixou milhares de mortos ao redor do mundo ^[3].

E o impacto mundial da pandemia dessa doença fez surgir novos desafios ao Poder Público. Visando a minoração do contágio em massa, autoridades federais, estaduais e municipais procederam a imposições normativas, notadamente de caráter alarmista e de natureza restritiva de direitos.

A partir de tais medidas, instalou-se o medo. E a contaminação pelo medo passou a atingir número infinitamente maior de pessoas, se comparada ao contágio pelo vírus SARS-CoV-2. Essa disseminação do temor coletivo, juntamente com a ansiedade decorrente da frustração de uma expectativa de segurança não alcançada, trouxe à tona sensação de

2. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.22.

3. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 10 abr. 2020.

que é necessário canalizar a ansiedade para um desejo de localizar e punir culpados, como forma de expiação das esperanças não correspondidas^[4].

Ressurge, portanto, a relevância da discussão sobre a incidência da intervenção penal em caso de infringência das determinações do Poder Público para obstar a propagação de COVID-19, bem como à exposição da vida de terceiros a perigo em virtude da referida exposição. Assim, imperioso reexaminar o sentido, o alcance e o grau de responsabilidade penal de quem desobedece a medidas do Poder Público para conter a disseminação do vírus, bem como as funções instrumentais e simbólicas de tal criminalização em tempos de pandemia.

2. As medidas do poder público destinadas a impedir a propagação do covid-19

O portador de COVID-19, uma vez identificado, não é mais considerado apenas um caso de doença individual, mas sim um problema de saúde coletiva. E as agências de notícias e as redes sociais têm divulgado, com certa frequência, comportamentos de indivíduos que não atendem as recomendações das autoridades e violam regras de isolamento social e quarentena^[5], e eventualmente a adoção de medidas criminais contra tais pessoas.

Deve-se perguntar, nessa linha de intelecção, se tais comportamentos podem ter algum tipo de relevância penal. Para tanto, faz-se mister analisar quais medidas do Poder Público foram tomadas para impedir a introdução

4. BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido: tradução Carlos Alberto Medeiros*. Rio de Janeiro, Zahar, 2008. P.172

5. MIGALHAS. Empresário que escapou da quarentena e levou covid-19 pra sul da BA será processado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/322002/empresario-que-escapou-de-quarentena-e-levou-covid-19-para-sul-da-ba-sera-processado>. Acesso em: 10 abr. 2020; CONJUR. Juíza fixa multa para casal que não cumpre quarentena da Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/juiza-multa-casal-nao-cumpre-quarentena-covid-19>. Acesso em: 10 abr. 2020; CORREIO. Coronavírus: primeira paciente contaminada sai de isolamento em Feira de Santana. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/coronavirus-primeira-paciente-contaminada-sai-de-isolamento-em-feira-de-santana/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

e propagação de COVID-19 no país.

No dia 03 de fevereiro de 2020 a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 23/2020, com o escopo de aprovar “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Nas razões apresentadas ^[6], o Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, ponderou que a legislação atual está defasada em relação a medidas e instrumentos jurídicos e sanitários para que o Estado e a sociedade brasileira possam organizar-se para o combate à COVID-19.

Três dias depois, em 06 de fevereiro, foi aprovada às pressas a Lei n.º 13.979, que estabeleceu, como formas de enfrentamento da situação de emergência, a possibilidade de que as autoridades poderão adotar medidas como isolamento ^[7], quarentena ^[8], realização compulsória de procedimentos médicos e laboratoriais.

Em 20 de março de 2020, a Medida Provisória 956 introduziu a restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal;

Antes mesmo da edição da referida Medida Provisória, a Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, regulamentou a aplicação da medida de isolamento (mediante prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica - art. 3º, § 1º). A quarentena, por seu turno, depende de ato administrativo formal e devidamente motivado por secretários de Saúde de Estados, Municípios e Distrito Federal art. 4º, § 1º).

6. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_WebExterno2?codteor. Acesso em 07 abr. 2020.

7. “Separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”. Art. 2º, I, da Lei 13.979/20

8. “Restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” Art. 2º, I, da Lei 13.979/20.

Em 17 de Março, a Portaria Interministerial nº 5, por fim, determina (art. 4º) que o descumprimento das medidas estabelecidas na Lei 13.979/20 poderão sujeitar os infratores às infrações penais previstas nos arts. 268 e 330 do Código penal

Como a Lei 13.979/20 (art. 3º, § 7º) autoriza que as medidas de combate à COVID-19 sejam tomadas por autoridades federais, estaduais e municipais, surge uma plethora de atos normativos, presumivelmente do conhecimento de todos, a partir dos quais é possível estabelecer um conjunto de comportamentos devidos pelo cidadão, como mecanismo de prevenção à COVID-19. E a partir da proposta inicial, resta saber se o descumprimento de tais medidas pode gerar responsabilidade penal.

3. Embates etiológicos e jurídicos sobre o alcance do artigo 268 do código penal

O crime previsto no art. 268 do Código Penal – infração de medida sanitária preventiva – consiste em um típico delito de infração de dever. No sentido emprestado por Falivene de Sousa^[9], em tais infrações, o dever está contido numa norma antecedente de natureza não penal. Deste modo, as normas extrapenais – no caso, as medidas legais e administrativas relacionadas à saúde pública – constituem-se nos antecedentes necessários para a existência do crime previsto no art. 268 do Código Penal.

Cuida-se, portanto, de crime cuja prática depende da violação de determinações do Poder público, as quais não constam do texto do art. 268 do Código Penal. Particularmente, está-se diante de uma típica norma penal em branco. Como o conteúdo material da infração está no descumprimento das medidas administrativas (Portaria nº. 356, do Ministério da Saúde, em

9. SOUSA, Matheus Herren Falivene de. **Estruturação Linguística dos tipos Penais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.274.

conjunto com a Portaria Interministerial nº. 5), trata-se de norma penal em branco heterogênea.

Obviamente, tais medidas causam, como ponderam Viana e Montenegro, fricções ao princípio da legalidade, já que não fica claro para um cidadão comum saber quais são efetivamente as condutas proibidas^[10], sobretudo quando tais medidas, como a quarentena e o isolamento social, são determinadas por autoridades pertencentes a diversos entes federativos (União, Estados e Municípios). Assim, para saber se uma conduta é passível de reprimenda estatal, é preciso transpassar por uma enxurrada de regras.

No entanto, para além da constitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas, já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal^[11], demanda a segurança jurídica das relações sociais que a aplicabilidade do art. 268 do Código Penal atenha-se a uma lei de competência federal. *In casu*, a Lei nº. 13.979/2020, que é regulamentada pela Portaria nº. 356/2020.

Das normas mencionadas, depreende-se que as condutas possivelmente alcançáveis pelo art. 268 do Código Penal consistiram em: a) descumprimento de determinações de isolamento e quarentena; b) oposição a exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos.

Nada obstante, é certo que os arts. 3º, 4º e 6º da Portaria nº. 356/20, esmiuçando as medidas previstas na Lei nº. 13.979/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus, estabelecem condições para que haja a implementação dos atos administrativos dos entes federativos. Veja-se:

O isolamento referido na Portaria em questão somente poderá ser determinado por prescrição médica ou recomendação do agente

10. VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas, Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>. Acesso em 08 abr. 2020.

11. STF. RE 943938, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 17 jun. 2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 17 set. 2018. PUBLIC 18 set. 2018.

de vigilância epidemiológica (art. 3º, § 1º), por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, que pode ser renovado por igual período, dependendo do resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão. O parágrafo 3º do mesmo artigo deixa bem claro que não se admite medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo para a presença do vírus.

Diante desse quadro, resta evidente que, sendo a medida de isolamento determinada apenas para pessoas que testem positivo para a COVID-19, a violação da medida de isolamento torna-se crime de mão própria, que somente pode ser realizado pessoal e diretamente pela pessoa contaminada, não podendo ser cometido por interposta pessoa. Logo, o terceiro não contaminado, quando muito, poderia ser partícipe do delito executado diretamente pela pessoa contaminada.

Ante tal perspectiva, torna-se impossível juridicamente dizer que pessoas não contaminadas pela COVID-19 podem praticar, *sponte própria*, o delito do art. 268 do Código Penal pela infringência de regras de isolamento. Pois, não estando a pessoa contaminada, a partir das regras atualmente postas, é juridicamente impossível a adoção da medida de isolamento para tal pessoa.

E ainda que haja suspeita de contaminação, não se pode estabelecer medidas de isolamento. No caso, não estão presentes os parâmetros normativos para a adoção de medida restritiva. Aliás, como expressamente consta no art. 3º, § 7º, da Portaria nº. 356/20, para que haja isolamento, é preciso comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, mediante notificação expressa e devidamente fundamentada.

Por sua vez, há de se criticar a infeliz técnica normativa de afirmar que o isolamento pode ser determinado por “recomendação” do agente de vigilância epidemiológica. Na verdade, trata-se de ordem. “Recomendação”

e “ordem” são termos completamente distintos. O termo “*recomendar*” tem um significado de “aconselhamento” ou, talvez, um conselho ou advertência para que se adote um comportamento^[12]. Não gera para o destinatário a obrigação de obedecer.

“*Ordem*”, por outro lado, tem de ser dada por funcionário público competente e com conteúdo de legalidade. “*Ordenar*” não é pedido, conselho, ônus ou recomendação. Ordem nos remete a um dever legal de obedecer^[13]. Logo, refere-se a uma determinação com conteúdo imperativo.

Alusivo à quarentena, por sua vez, é possível que seja estabelecida a pessoas com suspeita de contaminação. Diferentemente do isolamento, que é medida individual e depende de prescrição médica ou determinação do agente de vigilância epidemiológica, a quarentena é medida coletiva, determinada por “ato administrativo formal e devidamente motivado”, estabelecido por autoridades da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, devendo ser “amplamente divulgada pelos meios de comunicação” (art. 4º, §1º).

Nessas hipóteses, é possível que pessoa que não esteja contaminada pratique a infração penal prevista no art. 268 do Código Penal. No entanto, há uma interessante condicionante, prevista no art. 5º, parágrafo único, da Portaria nº. 356/20. Determina-se que “*caberá ao médico ou agente de vigilância epidemiológica informar à autoridade policial e o Ministério Público sobre o descumprimento de que trata o caput*”.

No que concerne a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos, deixa-se de fora o debate acerca da prevalência do direito difuso de saúde coletiva sobre a autonomia do indivíduo. Sem embargo, estabelece-se que para a implementação de

12. ROCHA, Ruth. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Editora Scipione: 13ª Ed., 2012, p. 507.

13. *Ibidem*. p. 594.

tais providências é necessária a indicação mediante ato médico ou por profissional de saúde (art. 6º), excetuadas a coleta de amostras clínicas, vacinação e medidas profiláticas.

Com efeito, infere-se que para que exista a infração de medida sanitária preventiva, nos termos do art. 268 do Código Penal e da substância das normas penais em branco, é imprescindível a presença dos requisitos acima consignados. Enquanto ausentes, não há qualquer alcance penal.

4. Responsabilidade penal de quem viola medidas sanitárias adotadas pelo poder público e funções instrumentalistas de sua criminalização

Ainda que a Portaria nº. 365/2020 restrinja o alcance das determinações públicas, à transgressão ao art. 268 cabe Ação Penal Pública Incondicionada. A infração de medida sanitária preventiva consiste em delito de perigo abstrato. Consuma-se com a desobediência às determinações do Poder Público destinadas a impedir a propagação da doença contagiosa^[14]. Assim, considerando o contexto de COVID-19, exceto nos casos de isolamento, o qual efetivamente demanda a contaminação, também cometem o delito em exame pessoas não contaminadas que não cumprem a quarentena e que recusam submeterem-se a exames e testes laboratoriais. Dessarte, a infração pode ser tanto comissiva quanto omissiva.

Além disso, importa anotar que caso o sujeito ativo do delito seja funcionário da saúde pública ou exerça profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro encontrará a pena de detenção de 01 (um) mês a 01 (um) ano aumentada em 1/3 (um terço). E se da infração da medida sanitária preventiva sobrevier lesão corporal de natureza grave, a pena

14. PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 5ª Ed, 2010, p. 771.

será aumentada até a metade; se resultar morte, em dobro.

A repercussão do crescimento exponencial de COVID-19 prontamente fez surgir tensão social, pautada na busca por culpados pela instabilidade da ordem. O inconsciente social faz pensar – equivocadamente - que a criminalização vertiginosa se reputa solução suficiente e apta a obstar a propagação da doença.

Ressalta-se que para a configuração do delito do art. 268 são necessárias determinações legais ou regulamentares de cunho obrigatório, não sendo cabíveis meros conselhos ou advertências. A normas tidas em consideração também devem ser específicas para a COVID-19, e não medidas gerais de higiene.

Eventual intervenção penal no caso em tela não tutela – certamente não com eficácia – a saúde pública, apenas produz impacto tranquilizador sobre os cidadãos e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. Mais do que nunca salta aos olhos a hipertrofia da função simbólica da atividade legiferante, principalmente no que diz respeito ao Direito Penal.

5. Considerações finais

Muito provavelmente, a partir de um inconsciente clamor público pela intervenção penal, deterá relevo a aplicação do artigo 268 do Código Penal na conjuntura de pandemia que acomete a humanidade no ano de 2020, em que pese existam questionamentos sobre sua função social e alcance. Em razão disso, se faz importante atentar que minimamente devem ser observados os preceitos da Lei 13.979/2020 e requisitos de suas normas regulamentadoras.

Contudo, é preciso proceder com cautela. O Direito Penal em sua

face simbólica não raramente se esquivava de ter em consideração causas históricas, sociais e políticas. E a comoção comunitária não tem forças suficientes para aplacar e desconstruir estigmas e preconceitos.

De impactos humanitários já bastam os causados pelo vírus. Diz-se isto sobretudo porque, vide art. 3º do Código Penal, futura revogação de tais normas não elimina o crime, visto que são excepcionais e os fatos ocorridos em sua vigência alcançam a ultratividade.

E não é só. Presídios, como espaços de confinamento, são locais de alto risco de contágio, sobretudo para presos que estão em situação de vulnerabilidade. Não é por acaso que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n.º 62, determinando uma série de medidas visando minorar o superencarceramento. Parece, em certa medida, contraditório, pensar que a intervenção penal pode resolver tais questões. Não obstante, o tipo está presente justamente como *ultima ratio*, para questões extremas que não consigam ser solucionadas por meios extrapenais.

6. Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido: tradução Carlos Alberto Medeiros**. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

CONJUR. **Juíza fixa multa para casal que não cumpre quarentena da Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/juiza-multa-casal-nao-cumpre-quarentena-covid-19>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CORREIO. **Coronavírus: primeira paciente contaminada sai de isolamento em Feira de Santana**. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/coronavirus-primeira-paciente-contaminada-sai-de-isolamento-em-feira-de-santana/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. — 1ª ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MIGALHAS. **Empresário que escapou da quarentena e levou covid-19 pra**

sul da BA será processado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/322002/empresario-que-escapou-de-quarentena-e-levou-covid-19-para-sul-da-ba-sera-processado>. Acesso em: 10 abr. 2020;

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Folha Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 5ª Ed. 2010.

ROCHA, Ruth. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Editora Scipione: 13ª Ed., 2012.

SOUSA, Matheus Herren Falivene de. **Estruturação Linguística dos tipos Penais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

STF. RE 943938, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 17 jun. 2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 17 set. 2018. PUBLIC 18 set. 2018.

VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas, **Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco>. Acesso em 08 abr. 2020.