

Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema

Ana Elisa Liberatore S. Bechara¹

SUMÁRIO: Introdução: crise e caos; 1. Seletividade e simbolismo da política criminal em tempos de pandemia; 2. O Estado atuante: a tutela penal da saúde pública frente à Covid-19; 3. O Estado negligente: a tutela da saúde pública no âmbito carcerário; 4. O Estado inerte: a prática da corrupção e a responsabilidade de agentes públicos em razão da crise epidêmica. Conclusão: a imprestabilidade do Direito Penal para a solução dos problemas sociais contemporâneos.

Introdução: crise e caos

Afirmar que o Direito Penal passa por uma crise não é propriamente uma novidade. Na verdade, a história mostra já a partir do Iluminismo e da relação dicotômica entre segurança e liberdade a existência de uma crise estrutural imanente, conforme mencionado em momentos distintos da evolução do pensamento jurídico-penal. De todo modo, não é possível deixar de notar a existência de uma particular “crise contemporânea” do Direito Penal, a partir do fim da década de 1970, vinculada a outros fenômenos, característicos de uma denominada Pós-Modernidade cujo conteúdo e sentido ainda não puderam ser bem esclarecidos.

Nesse contexto de novos desafios, vivencia-se um quadro de insegurança social crescente, que leva à demanda pela presença mais intensa do Direito Penal, independentemente de uma reflexão séria sobre seu sentido concreto, efeitos e limites. De outra parte, tal dinâmica leva ao empobrecimento do debate sobre assuntos importantes, substituído por uma abordagem superficial e uniforme, calcada em um falso consenso social. O elemento que mais preocupa em referido processo, porém, consiste na incapacidade de uma avaliação crítica sobre os excessos cometidos pelo Estado, que passa

¹ Professora Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

a ser visto não mais como ameaçador das liberdades individuais, e sim como “*companheiro de armas dos cidadãos frente aos perigos e incertezas da vida social*”.²

Em um mundo marcado pela ebulição punitivista, cuja lógica se identifica mais com as regras de mercado, no sentido neoliberal de controle dos indesejáveis aos olhos dos donos do poder econômico,³ definitivamente não se está diante de um bom momento para os direitos e garantias fundamentais, atualmente tratados como objetos negociáveis. De outra parte, também o próprio Estado vive o paradoxo de um processo de enfraquecimento e de crise de legitimidade, pois à pretensa imagem de maior força política decorrente de uma intervenção penal excessiva e autoritária contrapõem-se dificuldades crescentes para a materialização de condições mínimas de convivência social harmônica, acarretadas pela descontextualização de conflitos, sonegação de direitos e erosão dos valores democráticos.

Sob uma perspectiva mais ampla, é de se notar que tal crise contemporânea não está relacionada exclusivamente à esfera penal. O estado de incerteza e insegurança causado pelo atual cenário político, econômico e social permite dizer que as democracias estabelecidas no século XX se encontram de diferentes maneiras “em teste de stress” no século XXI, e a brasileira não é exceção. Os tempos são nebulosos e a instabilidade geral é potencializada por manifestações de intolerância e clamores irracionais que conquistam cada vez mais adeptos. Enfim, estão em jogo: a possibilidade de a democracia efetivamente materializar-se; o quanto o Estado consegue respeitar as garantias individuais e a carga axiológica que o informa em caso de conflitos; e o quanto as estruturas estatais e a gestão pública podem ser questionadas sem que com isso se percam as próprias conquistas democráticas.

Pois bem, em meio a esse quadro já problemático, no último dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde reconheceu a infecção causada pelo novo coronavírus (denominada Covid-19) como pandemia mundial, formalizando o surgimento de uma nova crise, cujos efeitos negativos extrapolam o campo da saúde pública, atingindo também as esferas social e econômica, sem precedentes na história.

² Cf. HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 270. No mesmo sentido, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007. p. 380-381.

³ No mesmo sentido, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 10.

No Brasil, até o último dia 19 de maio já haviam sido oficialmente contabilizadas 271.885 contaminações e 17.983 mortes em decorrência do novo coronavírus, dentre inúmeros outros casos não formalmente reconhecidos, em razão do déficit de testagem. Atualmente, em pleno período de crescimento da curva de contágio da Covid-19, o país sofre mais de mil mortes diárias, além de graves dificuldades econômicas e sociais causadas pela necessidade de isolamento social e paralisação das atividades não essenciais. São muitas as dúvidas que surgem, principalmente por parte dos gestores públicos e tomadores de decisão nas diversas esferas, demandando uma contínua revisão estratégica que, não raro, acaba por implicar a tomada sucessiva de posicionamentos diametralmente opostos e conflitantes, levando a um cenário caótico. Além disso, no âmbito político parece que a crise pandêmica vem sendo explorada em diferentes esferas, com objetivos eleitorais, o que traz graves prejuízos à reunião de esforços que deveria imperar nesse momento. No universo do Direito, preocupa a insegurança jurídica daí advinda.

Embora o Direito Penal deva ser considerado em seu papel relativamente secundário na tentativa de controle do caos atual, o aglomerado de atos normativos, bem como a crescente sensação social de insegurança e impotência, somados às contradições e dificuldades que tradicionalmente caracterizam a intervenção punitiva do Estado, têm levado a desdobramentos práticos que desnudam algo já sabido: a irracionalidade e a seletividade do sistema. Sem ter como oferecer mais do que é, o Direito Penal acaba tendo todas suas mazelas ainda mais expostas, impondo-se de modo urgente a reafirmação de um discurso de resistência democrática.

1. Seletividade e simbolismo da política criminal em tempos de pandemia

Valorar em sentido político-criminal não significa simplesmente a busca de soluções mais eficazes, compreendendo na verdade a tomada de posição sobre os próprios fins. Trata-se, então, de saber de que política criminal se parte. Se de uma coerente com os valores democráticos e, assim, com o respeito aos direitos humanos, ou de uma baseada na manutenção das desigualdades sociais, em privilégios de alguns à custa da maioria, na superioridade de grupos, na submissão do ser humano em relação a valores coletivos ou estatais, ou na negação de direitos humanos fundamentais, como já

ocorreu em muitos Estados totalitários e ainda ocorre em tantos outros.⁴ No âmbito de um Estado Democrático de Direito, tal qual o modelo brasileiro, parece clara a exigência da primeira acepção de política criminal mencionada.

Sob esse enfoque, entre todos os instrumentos de política criminal de que dispõe o Estado, surge o Direito Penal como o menos adequado, devendo-se ultrapassar os limites da política penal e refletir sobre o possível emprego de medidas de política social, de modo a incidir sobre os conflitos sociais e o fenômeno delitivo preferencialmente sem a necessidade da intervenção penal, como, aliás, já ressaltara Franz von LISZT. A partir do modelo de um Direito Penal mínimo, deve-se, assim, considerar o papel da intervenção penal como instrumento de controle social altamente custoso, a ser dirigido, como *extrema ratio*, à minimização da violência tanto dos delitos quanto das penas, bem como à tutela não apenas de bens jurídicos, mas também de direitos individuais fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Ocorre que Direito Penal é substancialmente vinculado à violência, sobretudo àquela proveniente do próprio Estado, caracterizada pela ofensa à liberdade individual. Assim, justamente por constituir um instrumento funcional de poder estatal, a intervenção penal possui um significado político intrínseco, o qual contamina seus elementos dogmáticos e sua leitura hermenêutica. Então, parafraseando Pierre Bourdieu,⁵ o Direito Penal não é o que afirma ser e, embora se revista de garantias formais, opera na prática como instrumento ideológico e seletivo de poder, que é exercido independentemente da comprovação de eventuais ganhos concretos à sociedade no que tange à proteção de seus interesses fundamentais.

Nesse contexto, o Estado lança mão de uma ideologia de segurança pública, em tese voltada a responder às necessidades sociais e na prática utilizada como mecanismo de autoafirmação da intervenção punitiva. Tal ideologia, cujo aproveitamento político parece atingir seu ápice no contexto do neoliberalismo, é historicamente associada ao declínio do Estado de Bem-Estar, nos países centrais, enquanto que em países

⁴ No mesmo sentido a advertência em MUÑOZ CONDE, Francisco. **La relación entre sistema del derecho penal y política criminal**: historia de una relación atormentada. México: Ubijus Editorial, 2008, p. 48.

⁵ Cf. BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. J. R. Capella. **Jueces para la democracia**, n. 47, jul. 2003, p. 5.

economicamente periféricos, como é o caso do Brasil, surge mais vinculada à ideologia de segurança nacional (que fundou regimes ditatoriais), como sua sucessora.

Em qualquer caso, o afã de defesa da segurança – ou ao menos de uma sensação de segurança – cria uma atmosfera coletiva de desconfiança na qual se deixa de ver no indivíduo o único sujeito de seus fins, atribuindo-se essa condição a entidades de caráter transpessoal. Sob tal perspectiva, desenvolve-se uma política legislativa e prática que estabelece distinções entre os destinatários da norma, negando a uns o que concede a outros, de forma a desfigurar a própria imagem de pessoa, fundada no princípio fundamental da igualdade.⁶

Sob o pretexto ideológico da busca por segurança, converte-se o Direito Penal em um instrumento polarizado de combate, que debilita os laços de solidariedade entre e no interior das distintas classes sociais, e em seu lugar estabelece vínculos de subordinação e dissenso. Enfim, acaba se consolidando na esfera penal um estado de exceção permanente, no qual os excessos do poder punitivo aparentemente se justificam em razão da promessa de eficácia no controle de situações de emergência no que tange à criminalidade.

A ampliação da intervenção penal, sem considerar sua necessidade real e seus limites, é apta a levar à ruína do próprio Estado Democrático. Essa crítica geral é ainda mais aplicável a países com democracia débil, como são os latino-americanos. No caso específico do Brasil, observa-se que a difusão do medo, do caos e da desordem sempre serviu para justificar estratégias de exclusão e de disciplinamento planejado, constituindo vias de acesso para políticas autoritárias e seletivas de controle social.⁷ Nesse contexto, historicamente se estabelecem determinados setores da população visados como ameaça à ordem social, sendo sua expulsão social forçada por meio do Direito Penal vista como método eficiente no plano comunicativo para acalmar o temor e a ansiedade gerais.

De fato, sendo considerado o instrumento mais imediato e contundente – ainda que não seja o mais eficaz – de controle social, o Direito Penal acaba sendo utilizado como uma via simbólica cômoda, econômica e politicamente rentável para pretensamente

⁶ Cf. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 69.

⁷ No mesmo sentido crítico, v. BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. O medo e o método. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, v. 5, 9/10, 2000, p. 88.

conferir respostas simples a problemas complexos relacionados à dinâmica da sociedade contemporânea, marcada pela sensação de vulnerabilidade, medo e desconfiança.⁸ E parece ser exatamente isso o que ocorre no cenário atual de pandemia, em diferentes frentes, com efeitos negativos à democracia brasileira.

2. O Estado atuante: a tutela penal da saúde pública frente à Covid-19

Conforme veiculado pelos meios de comunicação, em diversos locais do país vêm ocorrendo detenções policiais por suposto descumprimento de medidas sanitárias de prevenção de novas contaminações pelo novo coronavírus, a demonstrar pretensa força e capacidade de atuação estatal no sentido de fomentar a consciência e adesão social ao cumprimento da política de combate à crise epidêmica. Porém, de forma paradoxal, a despeito do recrudescimento da intervenção penal como mecanismo de proteção da saúde pública, verifica-se uma crescente atitude social de afrouxamento das condutas de isolamento e de exposição em ambientes externos. Tal paradoxo desperta várias reflexões.

Em primeiro lugar, é importante notar que o tipo penal a embasar a intervenção repressiva policial mencionada estabelece ser delitiva a conduta de “*infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*” (art. 268, CP). Trata-se, assim, de uma lei penal em branco, que não descreve totalmente a conduta proibida, remetendo a outra norma para a definição do conteúdo do dever geral imposto e, assim, da proibição.⁹

Sob a perspectiva material, a utilização crescente das normas penais em branco, de modo a vincular o tipo penal a normas extrapenais, embora possa ser justificada em razão da necessidade de dinamismo em áreas específicas tuteladas no âmbito penal,¹⁰ gera

⁸ No mesmo sentido, GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. Trad. Bento Prado de Almeida Neto. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, nov. 1999, p. 74.

⁹ Cf. SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 27. A descrição poética das normas penais em branco ficou conhecida como “*um corpo errante à procura de alma*”, conforme imagem elaborada por Karl BINDING para caracterizá-las como dispositivos legais destituídos de conteúdo descritivo. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 84.

¹⁰ Diante da complexidade técnica de diversas categorias de delitos, as quais, superando um Direito Penal de tradição liberal fundada em bens jurídicos individuais, pressupõem a constante modificação ou atualização da lei penal, as normas penais em branco apresentam-se pretensamente vantajosas na medida que são aptas a conferir estabilidade ao preceito normativo principal, emanado da autoridade competente. Assim, as alterações normativas impostas em razão do tempo e de contingências administrativas operam-

diversas dificuldades, especialmente quando ocorre a remissão a âmbitos jurídicos de menor hierarquia, dotados de princípios e lógica sistêmica distintos e, por isso, potencialmente contraditórios em relação aos parâmetros de limitação da intervenção penal. Nessa linha, inclusive, observa-se que as normas complementadoras extrapenais não raras vezes apresentam deficiências de clareza e determinação, as quais passam a afetar o tipo penal complementado, tornando-o ilegítimo, por ofensa ao princípio da legalidade, em seu requisito de determinação.

Ainda mais problemáticas se revelam as leis penais em branco quando são utilizadas para além da remissão de aspectos meramente complementares à esfera extrapenal, configurando uma cessão encoberta da competência legislativa a instâncias desprovidas de legitimidade constitucional como fontes do poder punitivo¹¹ e, assim, uma violação ao princípio da divisão de poderes.

Nessa linha, pode-se identificar a exigência de que a matéria de proibição esteja compreendida com suficiente certeza na norma com o dever imposto ao legislador penal de configurar claramente nesse âmbito o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. Desse modo, da leitura de uma lei penal em branco deve-se ainda poder depreender qual é o bem jurídico específico protegido e quais são as condutas proibidas em razão da concreta ofensa daquele. Tais categoriais não podem ser objeto de delegação a outras esferas. Quando o legislador penal renuncia a definir a matéria de proibição, remetendo-a à autoridade administrativa, permite o esvaziamento material do tipo a elevação de meras infrações administrativas à categoria de delito, em afronta ao requisito da reserva de lei.¹² Portanto, para que uma lei penal em branco seja considerada legítima, a infração administrativa objeto da remissão pode constituir apenas um elemento complementar do tipo, cuja matéria de proibição deve permanecer na esfera penal.

se por meio de atos legislativos mais simples, de modo independente de um complexo sistema de edição da lei ordinária.

¹¹ No mesmo sentido, v. criticamente DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes en blanco. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

¹² Mercedes GARCÍA ARÁN analisa essa espécie de lei penal em branco a partir do conceito de “remissão em bloco” às normas extrapenais, que converte a referência normativa externa em elemento central do tipo penal, sancionando-se penalmente a desobediência à norma administrativa. De outro lado, a autora trata das normas penais em branco que determinam remissões interpretativas, correspondendo ao objeto da remissão apenas o papel de esclarecer ou integrar o sentido do elemento do tipo, já estabelecido na norma penal. Apenas essa segunda espécie de lei penal em branco seria constitucional, por não implicar ofensa ao princípio da legalidade. Cf. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, n. 16, 1993, p. 71-72.

Diante de tais advertências, a leitura do tipo penal do art. 268 do Código Penal revela a descrição de um mero ilícito administrativo, vale dizer, de uma conduta simplesmente contrária a uma ordem (entendida assim a expressão vaga “determinação”) do poder público no âmbito de política sanitária, sem deixar clara qual seja sua ofensividade concreta ao bem jurídico em tese protegido pela norma. Então, se o mero descumprimento de ordem ou determinação administrativa não pode caracterizar delito, a norma penal do art. 268 do CP soa ilegítima, não devendo ser aplicada. Do mesmo modo, a lei penal em branco deixa aberta a possibilidade de referida “determinação do poder público” vincular-se a toda sorte de atos regulatórios administrativos – lei, decreto, portaria -, oriundo de qualquer ente da Federação - União, Estado ou de Município. A dificuldade central, nesse caso, estaria em determinar qual o complemento aplicável ao tipo, haja vista a regulação concorrente e muitas vezes contraditória entre as várias esferas normativas, gerando dificuldades de compreensão insanáveis sobre o teor da proibição penal.

De outro lado, ainda que se pudesse salvar a boa intenção do legislador, voltada à proteção da saúde pública, a interpretação do tipo penal em exame demandaria uma importante limitação, decorrente da crítica anterior. Se a atividade hermenêutica em Direito Penal não pode divorciar-se de sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos, cuja identificação e conceituação específicas indicam o sentido da norma incriminadora, é no específico arcabouço principiológico penal que se encontram os instrumentos hábeis para identificar os objetos imprecisos de proteção normativa, corrigir-lhes o alcance, demonstrar as contradições e impedir a incidência de traços autoritários, delimitando o sentido da proibição, de modo a torná-la compreensíveis ao cidadão.

Nesse sentido, o referencial do bem jurídico e sua respectiva ofensividade materializam-se como chaves hermenêuticas fundamentais, na medida em que permitem ao aplicador da norma incriminadora uma interpretação “tipicizante”, que leva em conta, em primeiro lugar, o objeto de tutela do tipo penal e, por via de consequência, os limites de alcance da descrição da conduta materialmente ofensiva. Nesse sentido, surge a necessidade de utilização complementar de outro critério hermenêutico fundamental relacionado à ofensividade, correspondente ao respeito à proporcionalidade exigida entre a gravidade da conduta delitiva e a respectiva pena.

Assim, na hipótese, embora o conteúdo do tipo penal constante no art. 268 do CP seja vinculado à legislação específica, não pode restar absolutamente dependente das decisões administrativas, o que não significa que se possa ignorá-las, devendo-se, na verdade, proceder à sua valoração a partir da realidade social e dos critérios próprios do Direito Penal. A questão está em limitar o conteúdo da proibição, que, podendo estar situado em outros setores do Direito, que não o penal, ostenta significado mais amplo e, por isso, deve passar por um processo hermenêutico de restrição, a partir dos princípios próprios do Direito Penal e, sobretudo, do balanceamento entre sua eficácia protetiva de bens jurídicos e o enorme custo à liberdade que representa.¹³

Então, em primeiro lugar, pode-se concluir que só haverá delito, nos termos do art. 268 do CP, se a conduta do agente concretamente ofender o bem jurídico protegido pela norma – o que não ocorre em caso de mero descumprimento de ordem administrativa, conforme descrito de forma equivocada no tipo penal. De outro lado, tendo em vista a sucessão de textos normativos a regular a política sanitária de enfrentamento do novo coronavírus, muitas vezes de forma pouco racional, bem como as próprias incertezas científicas sobre quais sejam as medidas mais adequadas para esse fim, a análise da tipicidade material da conduta dependerá do exame específico da ordem descumprida, sob o filtro específico do Direito Penal, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da intervenção penal mínima.

Assim, por exemplo, imagine-se o caso do morador da Capital do Estado de São Paulo não portador do vírus que sai à rua com seu carro em dia de circulação proibida, conforme determinação da Prefeitura Municipal vigente (anote-se que o rodízio ampliado de veículos no Município de São Paulo foi revogado após apenas uma semana de sua implantação, em razão do reconhecimento do caráter equivocado da medida, que ao invés de proteger a saúde pública por meio da redução da circulação de pessoas, levou à superlotação dos meios de transporte público, contribuindo com a maior contaminação pela Covid-19). Não há sentido algum em caracterizar a mera desobediência administrativa do motorista como delito, por não representar em nenhum caso ofensa à saúde pública. Ao contrário, pode-se argumentar que a conduta do agente foi apta a diminuir o risco de propagação da infecção, já que o deslocamento em veículo particular

¹³ No mesmo sentido, v. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo**. São Paulo: D'Plácido, 2018, p. 361-379.

evitou eventual exposição e contaminação em transporte público.

Conclui-se, assim, que a intervenção penal excessiva e arbitrária em matéria de tutela da saúde pública em tempos de pandemia, para além de não render efeitos preventivos concretos, levaria à degeneração do Direito Penal em instrumento promocional de realização de políticas públicas, como mero reforço sancionador do Direito Administrativo. Aliás, não se pode deixar de notar que diminuição da adesão social às medidas de isolamento social não tem relação com a maior ou menor intervenção penal, mas sim, na verdade, com a confusão de mensagens transmitidas por agentes políticos de diferentes esferas, gerando polarização e desconfiança generalizada.

3. O Estado negligente: a tutela da saúde pública no âmbito carcerário

A despeito da preocupação manifesta do Estado brasileiro com a proteção da saúde pública em meio à atual pandemia, chama a atenção seu deliberado descaso com o tema quando relacionado à realidade carcerária,¹⁴ em que há atualmente mais de 800 mil pessoas confinadas em celas superlotadas, sem ventilação, sem acesso suficiente à água e itens de higiene, em unidades prisionais em sua maioria desprovidas de equipes de saúde.

Na segunda semana de maio, a imprensa paulista noticiou que 35% das unidades prisionais do Estado já contavam com presos infectados pela Covid-19 ou servidores afastados nessas circunstâncias.¹⁵ Na tentativa de conter o avanço da pandemia no interior dos estabelecimentos prisionais, vários Estados adotaram medidas duras em detrimento dos direitos dos presos, como a proibição total de visitas e de saídas temporárias, o que gerou diversas rebeliões e fugas. Porém, tais medidas de restrição de contato com o mundo externo revelam-se inócuas, em razão de não ter havido queda do número de

¹⁴ A Lei Federal n. 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, não contemplou qualquer previsão específica para os estabelecimentos de confinamento de pessoas.

¹⁵ Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/coronavirus-avanca-e-35-de-presidios-de-sp-tem-casos-suspeitos-ou-confirmados.shtml?>

inclusão de novos presos, os quais, sem serem testados no momento do ingresso no sistema, são aptos a contaminar ainda mais internos e funcionários.

É bem verdade que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, com importantes balizas para o sistema prisional, tais como a orientação a juízes e desembargadores de procederem à reavaliação de todas as prisões provisórias de pessoas que se enquadrem no grupo de risco e de pessoas presas há mais de 90 dias (art. 1º), bem como de respeitarem a máxima excepcionalidade para a decretação de novas prisões. Referida Recomendação determina, ainda, a saída antecipada de pessoas do grupo de risco ou que estejam em estabelecimentos superlotados (art. 5º), bem como a decretação de novas prisões apenas em casos de crimes com violência ou grave ameaça (art. 8º).

Porém, a despeito das elogiáveis medidas de racionalização do sistema prisional, não se verifica seu cumprimento na prática, em boa medida em razão do caráter não vinculante do texto normativo, assim como da edição, logo em seguida, da Portaria Interministerial n. 7, do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, com orientações divergentes.¹⁶ De forma surpreendente e deslocada da realidade, a mencionada portaria interministerial, voltada a regulamentar as formas de controle da pandemia no sistema prisional, estabelece o dever das equipes de Administração Penitenciária de, por meio de profissionais de saúde, identificar os casos suspeitos de contaminação - o que na prática é sabidamente inexecutável, haja vista que apenas um terço dos estabelecimentos prisionais contam com profissionais de saúde.¹⁷ No mesmo sentido surreal, a portaria estabelece que os casos suspeitos ou confirmados de contaminação deverão ser isolados ou, caso seja impossível o isolamento, deverão ser limitados em distância mínima de dois metros dos demais presos, *“fazendo-se uso de cortinas ou marcações no chão”*. A questão

¹⁶ Acerca da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública chegou a tecer críticas à possibilidade de desencarceramento como medida de contenção da pandemia, fazendo referências irônicas ao que chamou de “solturavírus”. Cf. notícia disponível em <https://politicaestadao.com.br/blogs/fausto-macedo/risoes-coronavirus-e-solturavirus/>.

¹⁷ Conforme o relatório de gestão de supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, apenas 37% das unidades prisionais contam com módulos de saúde, em sua maioria fora dos termos da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, instituída pela Portaria Interministerial n. 1, de 2 de janeiro de 2014. Não há condições de atendimento interno. Tampouco há condições para atendimentos externos, seja pela falta de leitos de UTI disponíveis nos hospitais do Sistema único de Saúde, seja pela ausência de escolta suficiente para o transporte dos custodiados doentes. Relatório disponível em <https://www.cnj.jus.br>.

que se põe, nessa última hipótese de isolamento, é como proceder ao distanciamento entre indivíduos em um espaço físico superlotado, em que não raro se faz necessário que os presos durmam pendurados em redes ou amarrados em celas, por falta de espaço no chão?

Como se não bastassem as medidas irracionais estabelecidas, o Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, chegou a propor, como “alternativa emergencial” de controle da pandemia dentro dos estabelecimentos prisionais, a criação de estruturas no estilo contêineres para a prisão de indivíduos pertencentes aos grupos de risco aumentado para complicações da Covid-19. Não é preciso muito exercício lógico para antever que tal proposta levaria a graves violações de direitos humanos, com danos irreparáveis, além de promover o aumento do risco de contaminação em massa, em razão da ausência de ventilação e espaço adequados.¹⁸

Não há dúvida de que o ambiente prisional favorece o alastramento do vírus, mormente diante da persistência no descumprimento de preceitos fundamentais, no âmbito de um “estado de coisas inconstitucional”,¹⁹ que acaba por tornar o preso no Brasil um “não-sujeito”. De fato, além da falta de espaço para acomodação das pessoas presas, há uma inadequação generalizada dos estabelecimentos prisionais com o disposto na Lei de Execução Penal, revelando-se insólita a possibilidade de cumprimento da determinação legal de aprisionamento em cela individual. As celas coletivas possuem frequentes problemas estruturais, além da falta instalações adequadas para descanso, higiene, alimentação, lazer, trabalho e estudo. A tais deficiências estruturais soma-se a omissão do Estado no fornecimento dos produtos básicos de assistência material, tais como vestuário, alimentação, água e produtos de higiene, resultando uma degradação no estado de saúde dos presos, potencializada ainda mais pela falta de assistência médica, odontológica e farmacológica.

A alternativa mais racional de enfrentamento da crise epidêmica no âmbito carcerário parece ser a de desencarceramento, conforme recomendou o Conselho

¹⁸ A utilização de contêineres para a prisão de pessoas não é novidade do sistema penal brasileiro, tendo ocorrido no Espírito Santo entre 2006 e 2010. Em razão da crueldade de tal prática, bem como da evidente violação da dignidade humana que fundamenta o Estado Democrático de Direito, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do HC 142.513-ES, determinou a colocação em prisão domiciliar de todas as pessoas que foram submetidas em celas-contêiner naquele Estado.

¹⁹ Conforme expressão/tese utilizada no âmbito do julgamento da ADPF 347, ajuizada em razão das inúmeras violações de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, perante o Supremo Tribunal Federal. A origem da expressão remonta, porém, à Corte Constitucional da Colômbia, que a empregou pela primeira vez em 1997, também em matéria penitenciária.

Nacional de Justiça e adotaram diversos países, a exemplo do Irã, Itália, Turquia, Perú, além de alguns Estados norte-americanos.²⁰ A recusa em adotar tal solução evidencia a deliberada negligência do Estado, não propriamente em relação à saúde pública em geral, mas sim em relação à saúde e à vida da população carcerária, considerada inútil e desnecessária. Nesse sentido, a seletividade penal estrutural, fruto de um passado de violência contra grupos vulneráveis e de uma atualidade marcada por um viés racista, assume sua face mais dramática e preocupante, revelando uma atitude populista e autoritária de extermínio em massa pelo próprio Estado.

4. O Estado inerte: a prática da corrupção e a responsabilidade de agentes públicos em razão da crise epidêmica

A crise da Covid-19 trouxe, finalmente, um cenário perturbador vinculado à prática da corrupção no Brasil. A partir do reconhecimento expresso de situação de calamidade pública, afrouxaram-se as regras referentes às licitações para as contratações públicas, de modo a facilitar a rápida aquisição pelo Estado de materiais e produtos indispensáveis para a prevenção e combate à pandemia instalada. Aproveitando-se de tal excepcionalidade, tem-se noticiado de modo crescente o mau uso do dinheiro público, empregado em compras superfaturadas (como no caso de respiradores, que chegam a ser adquiridos por valores 1000% superiores aos de mercado), na aquisição de equipamentos e insumos com defeitos ou impróprios para utilização, além de outros expedientes fraudulentos voltados ao desvio de valores.

Tais práticas oportunistas chamam especial atenção, em razão da experiência vivenciada pelo Brasil nas duas últimas décadas, em decorrência da repressão penal de casos emblemáticos de corrupção sistêmica – nomeadamente os casos *Mensalão* e *Operação Lava Jato* –, a demonstrar uma suposta evolução na capacidade do Estado de enfrentamento e controle nesse âmbito.

²⁰ As medidas de desencarceramento mencionadas podem ser examinadas, por país, em <https://www.prisonstudies.org/country/>.

Nesse sentido, observa-se que o Brasil tem buscado aprimorar-se no estabelecimento de mecanismos de controle da corrupção, o que se coaduna, aliás, com as preocupações e iniciativas internacionais no mesmo sentido. Entretanto, a despeito dos merecidos elogios à evolução da estratégia político-criminal brasileira, verifica-se ainda nessa matéria a prevalência do Direito Penal, sob o prisma de um ideal de repressão cada vez mais rigorosa e, assim, pretensamente eficaz. Na prática, porém, os resultados de tal política criminal se apresentam pouco frutíferos, permitindo afirmar que o Direito Penal não representa um mecanismo eficaz no controle de tais crimes. De fato, embora a intervenção penal se afirme tradicionalmente como meio por excelência no combate à corrupção, justamente em razão de sua simbologia, é importante ressaltar que sempre o Direito Penal chega de forma deficiente e tarde demais, lidando com o fracasso: o dano já causado pela conduta criminosa à sociedade. Assim, utilizar o Direito Penal em matéria de controle da corrupção com fins promocionais, além de ser irreal, é apto a levar a um perverso quadro de demagogia político-social, pois desvia a atenção da discussão efetiva dos fatores estruturais que permitem a continuidade da prática sistêmica da corrupção pública.

E é exatamente essa realidade de corrupção sistêmica intocada que demonstram os relatórios da Transparência Internacional referentes aos últimos dois anos, que indicam que o Brasil caiu 25 posições no *ranking* internacional de percepção social acerca da corrupção pública, evidenciando o pior resultado do país desde o início das medições específicas, em 2012. Tais dados permitem afirmar não apenas a percepção sobre o fracasso da política preventiva de controle da corrupção no Brasil, como também sobre a ineficácia dos processos repressivos, que provocam um efeito *boomerang*: ao invés da criação e aplicação das normas penais gerarem maior confiança social no sistema, acabam levando a uma consciência generalizada de desigualdade diante da lei e de crise de legitimidade institucional.

Conclusão: a imprestabilidade do Direito Penal para a solução dos problemas sociais contemporâneos

As três hipóteses acima discutidas, a partir do cenário atual de pandemia, ainda que guardem muitos aspectos diferentes entre si, desnudam da mesma forma a

irracionalidade do sistema penal, bem como sua imprestabilidade para a promoção do desenvolvimento social ou a solução dos diversos conflitos daí advindos. Na verdade, no caso brasileiro, ainda que não constitua o principal fator gerador de desigualdade, a intervenção penal e seus resultados exteriorizam as desigualdades e mazelas do próprio sistema social.

Retomando a famosa frase de John PRATT: *“O desenvolvimento social dos povos demonstra-se pela forma como reagem frente ao delito e tratam o delinquente”*,²¹ observa-se que em uma sociedade democrática, a resposta aos conflitos sociais cristalizados em delitos não se viabiliza apenas com a pena. Há que buscar respostas integrais a problemas complexos. Por isso, no séc. XXI, diante das muitas velhas e novas questões que perturbam a sociedade, no âmbito democrático deve-se flexibilizar não as garantias individuais, mas sim a intervenção penal, em seu juízo de necessidade e de prevenção. Isso significa um desapego no sentido de punição, isto é, a busca sempre que possível por algo melhor do que o Direito Penal. Significa também tomar a sociedade em sua realidade desigual e, portanto, de dissenso. Claro que isso implica mudar todo o sistema penal, cuja coluna vertebral ainda é a prisão, e abandonar um tabu, o que é fundamental para nos levar a enxergar novamente o Direito Penal não só como instrumento de defesa social, no sentido eficientista, mas antes como instrumento de defesa do indivíduo e de seus direitos fundamentais, a começar pela liberdade.

Esse é o maior desafio ao Direito Penal contemporâneo: voltar-se à liberdade do indivíduo. Não se vislumbra no horizonte uma perspectiva de passagem de um Direito Penal de raiz autoritária para um Direito Penal materialmente democrático. Na verdade, a única tendência visível é a de continuidade do autoritarismo na esfera penal. Para a superação desse autoritarismo, seria necessário um Estado Democrático de Direito que tivesse como objetivo concreto incluir a população na cidadania política e social, com caráter emancipatório, promovendo alterações profundas das estruturas político-sociais e nos processos de valoração. Esse, porém, é um objetivo provavelmente utópico, já que a intervenção penal sempre envolverá política e politicamente interessa a reafirmação do poder.

²¹ PRATT, John. **Punishment and Civilization**: penal tolerance and intolerance in modern society. London: Sage, 2002.

REFERÊNCIAS:

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. O medo e o método. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, v. 5, 9/10, 2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo. São Paulo: D'Plácido, 2018.

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. J. R. Capella. **Jueces para la democracia**, n. 47, jul. 2003.

DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes en blanco. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, n. 16, 1993.

GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. Trad. Bento Prado de Almeida Neto. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, nov. 1999.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 42, jan./mar. 2003.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La relación entre sistema del derecho penal y política criminal**: historia de una relación atormentada. México: Ubijus Editorial, 2008.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

PRATT, John. **Punishment and Civilization**: penal tolerance and intolerance in modern society. London: Sage, 2002.

SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.