

**PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLAÇÃO DE NORMAS
SANITÁRIAS: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A
PERSECUÇÃO PENAL E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA
ADMINISTRATIVO PELOS ENTES POLÍTICOS**

**PREVENTING AND FIGHTING THE VIOLATION OF HEALTH
RULES: THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR, THE PENAL
PROSECUTION AND THE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE
POLICE POWER**

Hudson Colodetti Beiriz¹

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

Adriano Sant'Ana Pedra³

RESUMO

Não obstante existam normas sanitárias vigendo que proibam ou limitem a realização de aglomerações, estas vêm ocorrendo, sendo que muito embora as respectivas condutas se amoldem ao crime previsto no art. 268, do CP, nem sempre os entes políticos têm se desincumbido do dever de exercerem o poder de polícia administrativo correlato, sendo necessário averiguar se havendo esta omissão ou negligência é legítima a atuação do Ministério Público no âmbito penal em relação aos indivíduos que estejam se aglomerando.

¹ Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha(2008) e especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória(2011). Atualmente é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito. E-mail: HUDSONCBEIRIZ@hotmail.com

² Pós-doutora em Saúde Coletiva (UFRJ), doutora em Bioética (UnB), mestre em Direito (FDV) e coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de direito de Vitória. E-mail: ELDA.CAB@gmail.com

³ Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e em Física Quântica pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: ADRIANOPEDRA@fdv.br

Nesse contexto, num primeiro momento foram identificados direitos fundamentais que podem ser afetados por uma persecução penal, bem como o dever fundamental de zelo pela saúde pública, para posteriormente ser delineado em que consiste o poder de polícia e caracterizado o princípio da intervenção mínima do direito penal, para ao final se concluir que em caso de ausência de exercício, a contento, do poder de polícia pelas administrações públicas, não deve o Ministério Público buscar a repressão do fato no seio de uma persecução penal pela prática do crime previsto no art. 268, do CP em relação às pessoas que tenham se aglomerado publicamente.

PALAVRAS-CHAVE: Aglomerações. Poder de polícia. Crime. Persecução penal.

ABSTRACT

Although there are health rules that prohibit or cause limitations to agglomerations, they have been occurring. Even though the respective conducts conform to the crime provided for in art. 268, CP, but political entities have not always exercised the administrative police power that is their duty, and that is why it is necessary to find out whether in these cases of omission or negligence the Public Prosecutor's role in the criminal sphere is legitimate in relation to the individuals who are gathering together. In this context, in a first moment of the research, the fundamental rights that can be affected by a criminal prosecution were identified, as well as the fundamental duty of zeal for public health. In a second moment, it was outlined what the police power consists of and characterized the principle of minimum intervention of criminal law and in the end, it was concluded that in case of failure to exercise, satisfactorily, the police power by the public administrations, the Public Prosecutor's should not seek repression of the fact within a criminal prosecution for the practice of the crime provided for in art. 268, of the CP in relation to people who have gathered publicly.

KEY WORDS: Agglomerations. Police power. Crime. Criminal prosecution.

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a pandemia referente ao coronavírus que assola o mundo, as normas sanitárias que impedem ou limitam a realização de aglomerações veem sendo violadas em todo o território nacional, conforme inclusive tem sido noticiado constantemente nos veículos de comunicação social.

Nesse contexto, o presente trabalho possui o intuito de, no plano teórico, analisar se é viável a atuação do Ministério Público no âmbito de uma persecução penal pela prática do crime previsto no art. 268, do CP em relação às pessoas que participem de aglomerações

públicas durante a pandemia, em localidades nas quais não esteja sendo exercido, a contento, o poder de polícia para preveni-las e contê-las.

O isolamento social é uma das principais formas de combate e contenção da pandemia, sendo que por conta disto está proibida ou limitada normativamente por estados e municípios a realização de aglomerações, havendo inclusive previsões de penalidades administrativas para o caso de descumprimento destas normas, porém muitos entes políticos não exercem a efetiva fiscalização ou sancionamento no âmbito do exercício do poder de polícia, por vezes inclusive por questões políticas e eleitoreiras.

Esse cenário traz a necessidade de avaliar, à luz dos direitos fundamentais envolvidos, se o sistema jurídico vigente comporta a atuação do direito penal frente à omissão dos entes políticos em desempenharem, a contento, o poder de polícia sanitário.

A questão ganha relevância quando se leva em consideração que, se por um lado existe dever fundamental relacionado à prevenção e contenção da pandemia, a ser observado por parte dos cidadãos, por outro, a intervenção do direito penal por meio da deflagração da persecução penal, acaba por também restringir alguns direitos fundamentais destes mesmos sujeitos.

É desse contexto teórico e da ocorrência de aglomerações não fiscalizadas ou reprimidas, a contento, pelos entes políticos durante a pandemia por meio do exercício do poder de polícia que exsurge a necessidade deste e de outros trabalhos correlatos.

Para fins de alcançar sua pretensão este trabalho identificará direitos fundamentais afetados em decorrência da persecução penal pela prática da infração penal prevista no art. 268, do CP; bem como descreverá a existência de dever fundamental infringido em decorrência de participação ou realização de aglomerações durante a pandemia, em contexto de violação às normas sanitárias vigentes.

Igualmente será delineado em que consiste o exercício do poder de polícia administrativo relacionado à prevenção e combate à violação às normas sanitárias por meio de aglomerações festivas, bem como será caracterizado o princípio constitucional da intervenção mínima do direito penal.

Por fim, será analisada a viabilidade no sistema jurídico vigente da deflagração ou encaminhamento da persecução penal pelo Ministério Público em relação à prática do delito tipificado no art. 268, do CP, em relação aos envolvidos em aglomerações públicas realizadas durante a pandemia do coronavírus, relacionadas à localidades em que não esteja sendo exercido, a contento, o poder de polícia na esfera administrativa para fins de prevenir e combater a violação das normas sanitárias como forma de conter a evolução do vírus.

Tendo sido percorridos os passos supracitados ao final se elucida que não haverá possibilidade de deflagração ou encaminhamento da persecução penal pelo Ministério Público pela prática do delito previsto no art. 268, do CP em relação aos participantes das aglomerações públicas se na localidade em que elas ocorreram não estiver sendo exercido de maneira eficiente o poder de polícia sanitário.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETADOS EM DECORRÊNCIA DA PERSECUÇÃO PENAL PELA PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 268, DO CP

A prática de realização ou participação de aglomerações durante a pandemia do coronavírus pode consistir em conduta que se amolda ao crime de infração de medida sanitária preventiva, previsto no tipo penal insculpido no art. 268, do CP, nos seguintes termos:

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.

Isto ocorre pelo fato de ao longo da pandemia ter se encontrado em vigor nos estados brasileiros normas sanitárias que vedam a realização de aglomerações ou ao menos que tenham imposto limitações para que estas possam ocorrer, as quais via de regra também acabam por refletir nas legislações municipais, tudo realizado com o intuito de controlar e conter o avanço do coronavírus.

Trata-se a infração penal em testilha de delito de menor potencial ofensivo, sendo de competência dos juizados especiais criminais, seja estadual ou federal, haja vista que sua

pena máxima é inferior a 02 anos de privação de liberdade⁴ (art. 61, da Lei 9.099/95), de modo em que havendo sua prática, estando preenchidos os requisitos legais previstos no art. 76 e no art. 89, ambos da Lei 9.099/95, terá o infrator, respectivamente, direito ao recebimento de proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo.

No que concerne à possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal ao infrator, quadra registrar que sendo esta efetivada, aceita, homologada pelo juízo e cumprida pelo beneficiário, sequer será deflagrada ação penal⁵, sendo extinta a punibilidade do transgressor antes mesmo do oferecimento de denúncia, o que não ocorre quando do oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, que muito embora em caso de cumprimento das condicionantes leve igualmente à extinção da punibilidade do beneficiário, pressupõe ter sido antes oferecida a acusação.

Ocorre que a persecução penal não possui como seu marco inicial o oferecimento da denúncia contra o autor de determinada infração penal, estando ela dividida em fase inquisitorial e processual, de modo que havendo termo circunstanciado ou inquérito policial instaurado no âmbito da Delegacia de Polícia, bem como Procedimento Investigatório Criminal deflagrado nas dependências do Ministério Público, já é possível se falar na inauguração da primeira fase inquisitorial.

Em se tratando o crime previsto no art. 268, do CP de infração penal de menor potencial ofensivo, para fins de consolidação da primeira fase da persecução penal basta a lavratura de termo circunstanciado no âmbito da Delegacia de Polícia (art. 69, da Lei 9.099/95), “[...] que nada mais é do que um boletim de ocorrência um pouco mais detalhado”,⁶ ou de compilação de documentação que demonstre a prática do delito e aponte testemunhas quando seja esta direcionada ao Ministério Público.

⁴ CHINI, Alexandre; FLEXA, Alexandre; COUTO, Ana Paula, ROCHA, Felipe Borring Rocha; COUTO, Marco. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 316.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: comentários a Lei 9.099, de 26.09.1955**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: comentários a Lei 9.099, de 26.09.1955**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

Ocorre que mesmo a instauração de procedimento inquisitorial destinado à constatação da prática do delito previsto no art. 268, do CP é capaz de afetar ou ao menos colocar na iminência de serem afetados direitos fundamentais do infrator, em especial seu direito à liberdade, ao patrimônio e à honra, este último se relacionando à exposição que gera a deflagração da persecução penal, onde ordinariamente vigora o princípio da publicidade, causado o *strepitus iudicii*, que seguramente também atinge o transgressor.

Quanto ao direito à liberdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, quadra registrar que ainda que o infrator preencha os requisitos para ser beneficiado por proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, poderá ela ser afetada, uma vez que no primeiro caso poderão ser fixadas como condições penas restritivas de direitos, onde a prestação de serviços comunitários ou à entidades públicas, bem como a limitação de fins de semanas (art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95, c/c art. 43, III e IV, do CP) certamente restringem o direito de ir, vir e permanecer do beneficiário. Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt sugere até que ditas reprimendas deveriam ser chamadas restritivas de liberdade e não de direitos:

Teria sido mais feliz a classificação em penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de liberdade (limitação de fins de semana e prestação de serviços à comunidade), restritivas de direitos (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições) e multa.⁷

Já em sendo o infrator beneficiado com proposta de suspensão condicional do processo, além de ser possível a fixação das mesmas penas restritivas de direitos acima listadas como condicionantes adicionais às de cunho obrigatório (art. 89, §2º, da Lei 9.099/95), necessariamente o beneficiário ficará proibido de frequentar determinados lugares; não poderá se ausentar da comarca onde residi sem autorização do juízo responsável pela fiscalização do cumprimento das condições aceitas pelo imputado; além de ter que se apresentar neste mesmo juízo periodicamente para informar e justificar o que se encontra fazendo (art. 89, §1º, II, III e IV, da Lei 9.099/95), o que também afeta seu direito à liberdade.

No que concerne ao direito à propriedade, trata-se de “[...] um importante direito subjetivo material que encontra seu fundamento legal no inciso XXII do art. 5º da

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

Constituição da República Federativa do Brasil”⁸, de modo que em sendo cabível proposta de transação penal poderá o infrator ter que pagar multa ou prestação pecuniária (art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95, c/c art. 43, I, do CP); ao passo que em sendo o caso de proposta de suspensão condicional do processo também poderá ser estabelecido o pagamento de prestação pecuniária como uma das condições não obrigatórias (art. 89, §2º, da Lei 9.099/95), o que possui aptidão para afetar e reduzir o patrimônio do transgressor.

Não sendo cabíveis a realização de propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo, ou tendo sido estas propostas e homologadas, mas revogadas por descumprimento, a fase judicial da persecução penal chegará ao seu final, onde necessariamente em caso de condenação receberá o infrator uma pena de multa, haja vista figurar de maneira cumulativa no preceito secundário do art. 268, do CP, sendo que na melhor das hipóteses também receberá pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos (art. 59, IV, c/c art. 44, ambos do CP), onde estará sujeito às penas descritas no art. 43, do CP, acima listadas, que possuem aptidão para afetar tanto seu direito à propriedade como seu direito à liberdade.

Em não sendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, por ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, II e III, do CP, ainda maior será a restrição ao direito à liberdade do apenado, uma vez que terá que cumprir sua pena no regime aberto, semiaberto ou fechado fixado pelo juízo sentenciante, isto sem prejuízo da necessidade de pagamento da multa prevista no preceito secundário do tipo penal do art. 268, do CP.

Por fim, não se pode deixar de pontuar que o simples fato de ter sido instaurado um termo circunstanciado na Delegacia de Polícia ou algum procedimento no Ministério Público para fins de constatar a prática do crime previsto no art. 268, do CP, bem como ter sido iniciada uma ação penal possuem aptidão para abalar o direito à honra objetiva e à imagem do infrator previsto no art. 5º, X, da CRFB/88. Aqui, Simone Schreiber cogita inclusive da publicidade processual ser vista como um direito do agente do ilícito, que poderia então renunciá-la para preservar os direitos em comento:

⁸ AUTOR. 2014.

Esse ponto é relevante, pois dá arrimo à tese de que o réu, titular do direito de publicidade, pode unilateralmente renunciar a ela, pleiteando ao juiz a decretação do sigilo, para se preservar do constrangimento causado pela exposição de sua imagem de suposto autor de crime, perante a coletividade; ou mesmo para evitar influência da cobertura jornalística no resultado do processo, sempre que o caso desperte maior repercussão nos meios de comunicação.⁹

Nesse contexto, mencionados procedimentos de cunho investigatório são via de regra públicos (art. 5º, LX, da CRFB/88), o mesmo ocorrendo com eventual ação penal, podendo serem consultados por todos que possuam interesse em ter acesso ao seu teor, muitas vezes até por meio da internet, sendo certo que o fato de se figurar como investigado ou réu em persecução penal possui força suficiente para macular a imagem e reputação social do transgressor.

3 INFRINGÊNCIA DE DEVER FUNDAMENTAL EM DECORRÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE AGLOMERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA

Muito se falam dos direitos fundamentais, os quais efetivamente devem ser respeitados, mas não se pode descuidar que paralelamente a eles existem deveres fundamentais que devem igualmente serem observados por todos nós, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil deixa claro ao nominar o Capítulo I, de seu Título II, com a nomenclatura “dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

Quando se pensa em deveres fundamentais logo se vêm em mente aqueles que o Estado deve se desincumbir para nos proporcionar uma vida digna, tais como prestar serviços na área de saúde, educação, segurança pública e assistência social, proteger crianças, adolescentes e idosos (arts. 6º, 227, *caput* e 230, *caput*, todos da CRFB/88), mas os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, também possuem inúmeros deveres fundamentais a serem atendidos, aqui entendidos como “[...] uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”.¹⁰

⁹ SCHREIBER, Simone. Notas sobre o princípio da publicidade processual no processo penal. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**. v. 20, nº. 36, p. 133-148, abr. 2013, p. 136.

¹⁰ FABRIZ, Daurý Cesar; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Dever fundamental: a construção de um conceito. **Série Direitos Fundamentais Civis. Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha:**

Não se pode deixar de destacar que para que muitos dos direitos fundamentais se efetivem se faz necessário que deveres também fundamentais sejam cumpridos por cada um dos indivíduos, até pelo fato destes possuírem como papel proteger e promoverem direitos fundamentais¹¹, sendo que a presença dos deveres fundamentais é imprescindível em países como o Brasil, que possuem como um de seus objetivos a constituição de uma sociedade solidária (art. 3º, I, da CRFB/88).

Vivemos em um Estado democrático de direito (art. 1º, da CRFB/88), que traz em sua Constituição a enumeração dos objetivos que visa atingir (art. 3º, da CRFB/88), sendo inimaginável se alcançar uma sociedade justa, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a eliminação de preconceitos, sem que cada um de nós tenhamos deveres fundamentais a serem atendidos, seja no sentido de respeitar o próximo, seja no sentido de adoção de posturas ativas, como matriculando um filho na escola ou pagando tributos.

Em decorrência dessa solidariedade todos temos que adotarmos condutas negativas ou positivas, para que não só gozemos de nossos próprios direitos fundamentais, mas também para permitirmos que nossos pares gozem de iguais direitos¹². A título de exemplo, podemos mencionar a situação que envolve o dever fundamental de pagar impostos, que em boa parte retornam ou ao menos deveriam retornar para sociedade em forma de prestações de serviços públicos, como os de saúde e de educação, que são por seu turno direitos sociais fundamentais de todos, nos termos do art. 6º, da CRFB/88.

Importante frisar que muitos desses deveres fundamentais possuem em determinados pontos aplicação direta aos indivíduos, sequer dependendo de integração ou regulamentação legislativa, onde se insere o dever fundamental de zelar pela saúde pública, do qual emana a obrigação de comportamentos que não afetem a saúde dos demais indivíduos que vivem na sociedade brasileira, a qual se encontra em destaque no contexto de pandemia que vivemos.

Tomo I. Organizadores Cristhian Magnus De Marco, Maria Cristina Cereser Pezzella, Wilson Steinmetz. Joaçaba: Editora Unoesc, p. 87-96. 2013, p. 92.

¹¹ AUTOR. 2013.

¹² AUTOR. 2013.

Nesse contexto, por mais que o art. 196, da CRFB/88 se limite a preceituar que todos temos direito à saúde e ao falar de dever em relação a ela se refira apenas ao Estado como “devedor”, não se pode descurar da existência de deveres fundamentais implícitos, que são decorrentes de normas constitucionais expressas, justamente o que ocorre com o dever fundamental de zelar pela saúde pública, que tem como uma de suas obrigações decorrentes a não adoção de comportamentos que a exponha a risco.

Então, se por uma lado a pessoa que adota conduta tipificada no art. 268, do CP pode ter direitos fundamentais restringidos por conta da persecução penal, por outro ela também é detentora do dever fundamental de zelar pela saúde das demais pessoas que foi descumprido quando resolveu se aglomerar, dificultando não só a contenção da doença, mas também propiciando que a pandemia do coronavírus se alastre. Importante colacionar trecho de lição de Autor, 2020:

Normas de biossegurança e medidas de prevenção e controle da doença têm um custo muito alto e recaem sobre indivíduos ou grupos específicos. Mas é importante lembrar que todos (universalidade dos deveres) têm o dever de zelar pela saúde pública e pelo meio ambiente sadio, na medida de suas capacidades (igualdade material dos deveres).¹³

Nesse ponto, importante destacar que uma obrigação decorrente de dever fundamental não pode ser utilizada para fins de se impor ao indivíduo alguma conduta desproporcional, que o colocará em situação de risco ou que ferirá de maneira grave direitos fundamentais que lhes são assegurados pelo sistema jurídico vigente, o que não é o caso de se exigir que as pessoas não se aglomerem durante a pandemia, que pode ser atendido por todo nós.

A necessidade de não participar de aglomerações em violação às normas sanitárias vigentes durante a pandemia do coronavírus consiste em imposição decorrente das obrigações de respeitar e defender a saúde alheia, decorrentes do dever fundamental de zelo pela saúde pública, que não precisa de desembolso de quantias financeiras para ser atendida, mas apenas de empatia e amor ao próximo, o que a todos nós é dado alcançar se formos solidários. Como bem afirma José Casalta Nabais há quase duas décadas atrás, mas com perfeita sintonia com o

¹³ AUTOR. 2020.

momento que passamos, após concluir que não há falar em completa efetivação de direitos fundamentais sem a presença de deveres de igual magnitude:

Uma conclusão que, por paradoxal que pareça nestes tempos aparentemente dominados pelo egoísmo irresponsável, está, todavia, de algum modo em sintonia com o momento presente em que se faz um apelo muito forte à solidariedade, à solidariedade simultaneamente universal e intergeracional.¹⁴

Assim, enquanto pessoas residentes no Brasil temos inúmeros direitos fundamentais, como à liberdade, propriedade e imagem, que certamente são afetados com a deflagração de perseguições penais, mas também temos deveres, tais quais o de zelar pela saúde pública, sendo que para que haja o desencargo deste último é importante que existam medidas fiscalizatórias e punitivas, tanto à nível administrativo como criminal.

4 O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO

Trata-se o poder de polícia de atividade administrativa que possui como finalidade a regulamentação da prática ou abstenção de determinada conduta, limitando ou restringindo direitos individuais em prol da proteção do interesse público ligado à áreas como segurança, economia e saúde, se encontrando disciplinado no art. 78, do CTN, mas cujo conceito pode ser estendido a todas as esferas de direito público.

O exercício do poder de polícia possui como fundamento o princípio da predominância do interesse público sobre o privado, de modo que direitos e liberdades são restringidos para que o bem geral possa ser alcançado, tal como ocorre quando se exige a retirada de Carteira Nacional de Habilitação para dirigir, de alvará para se poder construir, bem como quando se veda a realização de aglomerações durante a pandemia com o intuito de proteger a saúde de todos por meio da contenção ou impedimento de avanço do vírus. Como bem salienta Gustavo Binenbojm:

Com efeito, o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo *conformar* a liberdade e a propriedade, por meio de *prescrições* ou *indicações*, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática,

¹⁴ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, ano 3, n. 2, p. 11-30, 2002, p. 23.

de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição. (Grifos do autor).¹⁵

Importante salientar que para além de caracterizar um poder da administração pública, como o próprio nome sugere, também se trata o poder de polícia de um dever do qual o Estado deve se desincumbir, haja vista que sua finalidade maior é atingir o interesse público, o bem de todos, mesmo que para tanto se faça necessário restringir alguns direitos, em especial os relacionados à liberdade.

Não se pode confundir o poder de polícia (polícia administrativa) com o desempenho de atividades de polícia investigativa (polícia judiciária), uma vez que enquanto as segunda dizem respeito ao desempenho das atribuições típicas das polícias Civil e Federal na apuração de infrações penais¹⁶, o primeiro está relacionado à atuação da administração pública, desempenhado por seus agentes por meio de seus órgãos ou entidades no intuito de se alcançar a proteção do interesse público, não obstante em algumas hipóteses seja possível sua delegação.

É bem verdade que por vezes em algumas situações a polícia federal pode exercer atividades de polícia administrativa, como ocorre ao emitir passaportes, mas a atuação precípua nesta área cabe aos órgãos e entidades da administração pública, que voltam suas atividades para fiscalização de bens e atividades visando atingir o bem maior da população, por meio de uma administração ordenadora¹⁷, estando em destaque no contexto da pandemia as ações ligadas à vigilância sanitária e epidemiológica ligadas ao exercício do poder de polícia estatal.

No campo do poder de polícia, este pode ser exercido de maneira preventiva, tal como ocorre quando são estabelecidas condições ou limites para que determinados direitos possam ser exercidos; bem como de modo repressivo, onde após a prática do ilícito de cunho administrativo é aplicada ao administrado alguma sanção amparada na normatização vigente.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 71.

¹⁶ MOREINA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 533.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. **Revista de direito sanitário**. vol. 3, nº. 2, jul. 2002, p. 90-106, p. 92.

Para fins de que a administração pública possa bem desempenhar seu dever de exercício do poder de polícia, este é dotado de alguns atributos: a) discricionariedade, pelo qual ela poderá escolher o melhor momento para exercê-lo, tal como ocorre quando delibera acerca de em qual dia e horário fiscalizará determinado comércio que esteja descumprindo as limitações decorrentes das normas sanitárias vigentes; autoexecutoriedade, que possibilita que ela própria, sem auxílio do poder judiciário, execute suas decisões, tal como interditar uma loja que não esteja respeitando as normas sanitárias vigentes; c) coercibilidade, que indica a todos os administrados a necessidade de obediência e acatamento das deliberações decorrentes do exercício do poder em comento, as quais podem ser impostas de forma coercitiva.

Importante destacar que por mais que os atos administrativos decorrentes do exercício do poder de polícia possuam autoexecutoriedade e coercibilidade, eles poderão ser revistos em casos de ilegalidade, seja por intermédio da própria autotutela administrativa, deflagrada de ofício ou por conta da apresentação de algum insurgimento, seja por meio de acionamento do Poder Judiciário, até pelo fato de que “[...] só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito”.¹⁸

O exercício do poder de polícia pode ser dividido em 04 ciclos: ordem, consentimento, fiscalização e sanção, sendo que o primeiro e terceiro ciclos estarão presentes em todos os atos decorrentes do exercício do poder de polícia, enquanto o segundo e o quarto não, de modo que se pensarmos nas legislações sanitárias surgidas por conta da pandemia do coronavírus, teremos a normatização compondo o primeiro ciclo, com a atividade administrativa de fiscalizar e de aplicar reprimendas, integrando o terceiro e o quarto respectivamente. Quanto à importância da fiscalização, assinalava o saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A utilidade da *fiscalização de polícia* é, portanto, dupla: porque, primeiramente, *realiza a prevenção* das infrações pela *observação* do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, porque *prepara a repressão* das infrações pela *constatação formal da existência de atos infratores*. (Grifos do autor).¹⁹

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 124.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 537.

Traçadas estas balizas gerais acerca do exercício do poder de polícia pela administração pública, para fins de que se possa chegar ao objetivo do presente trabalho se faz necessário realizar a mesma abordagem acerca do princípio da intervenção mínima do direito penal.

5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

Num estado intitulado democrático de direito pelo art. 1º, da CRFB/88, o bem geral deve ser buscado sempre que possível com a menor carga de custo social possível para que sua finalidade seja atingida, sendo neste contexto que ganha importância o princípio da intervenção mínima no direito penal, pelo qual a utilização deste somente será necessária quando os demais ramos do direito forem insuficientes para atingimento do interesse público envolvido e, ainda assim, quando a lesão ou risco de lesão relacionado ao bem jurídico tutelado for relevante.

Nesse contexto, apesar de não ter previsão expressa em nossa Carta Magna, possui o princípio da intervenção mínima do direito penal natureza de princípio constitucional implícito, devendo suas diretrizes orientarem não apenas o legislador quando da criação normativa dos tipos penais²⁰, mas também o operador do direito quando deparado com algum caso concreto que tenha como pano de fundo conduta que se amolde à alguma infração penal, mas que ainda assim, a incidência de outros ramos do direito não se mostraram insuficientes para prevenção ou repressão do ilícito praticado.

O princípio da intervenção mínima se subdivide em dois subprincípios, sendo eles: fragmentariedade e subsidiariedade, de modo que pelo primeiro a aplicação do direito penal “*não deve ocupar-se de bagatelas*”²¹, devendo ele ser resguardado para condutas que atinjam ou ponham em risco de maneira séria bem jurídicos relevantes para uma vida digna, tais como a saúde pública; enquanto que pelo segundo, mesmo que atendido o primeiro pressuposto, o direito penal deverá ser utilizado apenas quando os demais ramos do direito forem insuficientes para proteção do interesse público envolvido na salvaguarda do bem jurídico tutelado.

²⁰ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 62.

²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

Nesse contexto, o direito penal não pode ser o primeiro instrumento a se recorrer quando do surgimento de conflitos sociais, devendo ser utilizado apenas quando as políticas públicas existentes, os ramos de direito privado, assim como os demais ramos do direito público que possuem aptidão para aplicação de penalidades para correção das condutas ilícitas, tais como o direito administrativo e o tributário, se mostrarem insuficientes para proteção do bem jurídico tutelado. No que concerne à vertente da subsidiariedade, defendendo uma visão minimalista do Direito Penal, com a qual se concorda, destaca Rogério Greco:

Tal raciocínio se faz mister em visão minimalista do Direito Penal, haja vista que se os outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências maléficas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado, etc.²²

Traçado esse panorama, resta averiguarmos a legitimidade de perseguições penais que vêm sendo deflagradas ou encaminhadas pelo Ministério Público por conta da prática de infração penal tipificada no art. 268, do CP, por conta de realização de aglomerações em desconformidade com as normas sanitárias vigentes.

6 LEGITIMIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO À PRÁTICA DE AGLOMERAÇÕES REALIZADAS EM DISSONÂNCIA ÀS RESTRIÇÕES SANITÁRIAS VIGENTES

Estamos vivendo um período de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus que vem assolando o mundo, sendo que para enfrentá-la, em especial para fins de conter o seu avanço, medidas restritivas à liberdade pessoal foram impostas normativamente pelos municípios e estados brasileiros, dentre elas aquelas que trazem proibições ou limites para que aglomerações possam estar ocorrendo em seus âmbitos territoriais.

Isso ocorreu e ainda ocorre devido à importância do isolamento social como forma de prevenção e contenção à proliferação do vírus²³, mas, ainda assim, muitas vezes esta medida foi e é desrespeitada, como diuturnamente noticiado por meio de imagens de praias,

²² GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 72.

²³ VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? **Revista brasileira de epidemiologia**. 23: E200033. DOI: 10.1590/1980-549720200033, abr. 2020, p. 4.

centros comerciais, bares, baladas, numa flagrante falta de respeito não só às normas vigentes, mas também às vidas alheias.

Ocorre que não obstante venham as normas sanitárias sendo violadas de maneira flagrante, muitas vezes inclusive à luz do dia e em locais públicos, alguns estados e municípios não têm se desincumbido de seus deveres de exercício do poder de polícia para fiscalizar estes atos, autuar os responsáveis e aplicar as penalidades previstas em suas respectivas normatizações.

É bem verdade que no que concerne ao estado enquanto ente político a ausência de fiscalização por meio do exercício do poder de polícia pode decorrer de dificuldades de se fazer presente em todo o seu território, o que não serve de desculpa para os municípios, mas na prática a inexistência de repressão na esfera administrativa das pessoas transgressoras das normas sanitárias se dá principalmente por conta da adoção de uma política pública mais focada na orientação do que na repressão, pelo fato de não se querer entrar em rota de colisão com eventuais eleitores, ou até mesmo por conta de postura negativista de alguns governantes quanto à gravidade e seriedade do momento.

Questão que se levanta é se na ausência do exercício do poder de polícia, embasado na normatização sanitária vigente, pela administração dos entes públicos para fins de fiscalizar e reprimir os transgressores, deve persistir a repressão destes por meio da deflagração de persecução penal pelo Ministério Público por conta da prática do delito previsto no art. 268, do CP, seja ela embasada em termo circunstanciado de ocorrência, seja por intermédio de documentação recebida e consolidada no âmbito da própria instituição; mormente se considerado que o exercício do poder em comento pela administração pública “é a contraface de seu dever de dar execução a estas leis”.²⁴

Como visto, a simples deflagração da persecução penal é suficiente para fins de afetar o direito fundamental à honra e a imagem daqueles que figuram como investigados ou como réus, isto sem contar a possibilidade de se afetar os também fundamentais direitos à liberdade e ao patrimônio, seja por meio de celebração de transações penais ou suspensões

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 133.

condicionais do processo, seja por intermédio de prolação de sentenças condenatórias com aplicação das sanções previstas no preceito secundário do crime previsto no art. 268, do CP.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que num estado democrático de direito que tem como uns de seus objetivos promover o bem de todos e constituir uma sociedade justa (art. 3º, I e IV, da CRFB/88), a intervenção do direito penal para regulação, prevenção e repressão de conflitos sociais deve ser utilizada apenas quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes para mencionado desiderato²⁵.

Ocorre que esta insuficiência dos demais ramos do direito, em especial do direito administrativo, para fins de tutelar a saúde pública frente ao descumprimento das normas sanitárias por meio da realização de aglomerações em locais públicos, não vem sendo caracterizada em muitos estados e municípios, onde o que se nota é ausência deliberada ou negligenciada de utilização da fiscalização ou ao menos da imposição de sanções decorrentes do exercício do poder de polícia em razão da prática de infração à normatização sanitária, que devido aos seus atributos da auto executoriedade e coercibilidade pode inclusive agir de maneira bem mais célere do que o Direito Penal para resguardar o bem de todos. Nesse ponto, calha a transcrição de ensinamento de Rogério Greco:

Em muitas situações o Direito Administrativo demonstrará, inclusive, força superior ao próprio Direito Penal, dada a sua pronta eficácia. O poder de polícia, que é inerente ao Estado, faz com que o Direito Administrativo resolva situações conflituosas com muito mais rapidez do que o Direito Penal.²⁶

Nessas localidades onde não vêm sendo exercido de maneira adequada o poder de polícia, mormente em seu quarto ciclo, não deve ser iniciada ou admitida a deflagração de persecução penal pelo Ministério Público contra os transgressores da normas sanitárias vigentes por meio da prática de aglomerações em locais públicos, haja vista que seria perfeitamente possível a atuação do poder público na esfera administrativa, mas por qualquer motivo, assim não vem sendo feito. Mais uma vez se recorrendo ao saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto, se até mesmo o exercício do quarto ciclo do poder de polícia pressupõe a insuficiência do terceiro para o resguardo do interesse público, com muito mais

²⁵ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 63.

²⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 73.

razão a utilização do direito penal demanda o esgotamento da aplicação do poder administrativo em testilha:

Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às *ordens de polícia* e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do ciclo jurídico em estudo, com a sanção de polícia – que vem a ser a *função pela qual se submete coercitivamente o infrator à medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração*. (Grifos do autor).²⁷

Assim, por conta do princípio da intervenção mínima do direito penal, em especial de sua subsidiariedade, a admissão da deflagração da persecução penal pela prática do crime previsto no art. 268, do CP deve ficar reservada para localidades em que o poder público esteja efetivamente exercendo seu poder de polícia para fins de reprimir estas condutas e evitar que outras ocorram, mas ainda assim elas vêm se repetindo, tendo, portanto, se mostrado o direito administrativo insuficiente para o resguardo da saúde pública.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que aglomerações festivas ocorreram e continuam ocorrendo no contexto da pandemia do coronavírus, sendo que inúmeras vezes elas acontecem em desconformidade às normas sanitárias vigentes relacionadas à prevenção e contenção da pandemia, o que, em tese, pode caracterizar o crime previsto no art. 268, do CP, dando ensejo à atuação do Ministério Público em persecuções penais que possuem aptidão para restringir a honra, a imagem, o patrimônio e a liberdade, sendo todos estes direitos fundamentais dos infratores.

Devido à presença de direitos fundamentais que podem ser restringidos em decorrência de uma persecução penal, esta deve ser deflagrada ou encaminhada pelo Ministério Público apenas quando o efetivo exercício do poder de polícia administrativo tiver se mostrado insuficiente para fins de resguardar o bem jurídico tutelado pelo art. 268, do CP, qual seja: a saúde pública, que nos termos do art. 196, da CRFB/88 é direito de todos.

Ocorre que mencionada afirmação não implica em dizer que as pessoas podem sair por aí se aglomerando e descumprindo as normas sanitárias vigentes que impõem a necessidade de isolamento social, até pelo fato de que estas, do mesmo modo que possuem

²⁷ MOREINA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 538.

direitos fundamentais que a deflagração de uma ação penal tem aptidão para restringir, também possuem o dever fundamental de zelarem pela saúde pública, de onde provem a obrigação de respeitarem a saúde alheia²⁸.

Nesse contexto, a fim de compelir os indivíduos a atenderem o dever fundamental de zelarem pela saúde pública, bem como consequentemente garantir o direito fundamental à saúde de todos, se mostra imperativo que as administrações públicas passem efetivamente a exercerem o poder de polícia que possuem, inclusive, em sendo o caso, penalizando as pessoas que descumpram as normas sanitárias vigentes.

Não custa lembrar que as administrações públicas possuem o dever de exercerem o poder de polícia que possuem, de modo que diante do princípio constitucional da intervenção mínima do direito penal, este somente deve ser invocado pelo Ministério Público para resolução do problema quando todos os ciclos do poder de polícia, inclusive a fiscalização e sancionamento das pessoas que estejam se aglomerando de forma violadora às normas sanitárias, tenham sido efetivamente exercidos.

Não podem razões negacionistas acerca da gravidade da pandemia, políticas ou eleitoreiras inibirem ou frearem as administrações públicas no efetivo exercício do poder de polícia no sentido de fazerem valer as normas sanitárias vigentes, devendo os gestores que assim estejam agindo serem devidamente responsabilizados pelo Ministério Público, o que se mostra possível tanto no campo da improbidade administrativa, como no sentido de se buscar indenização acerca do dano moral coletivo ocasionado com a omissão deliberada em exercer de maneira efetiva o poder de polícia.

Dessa forma, em localidades em que o poder de polícia ligado à fiscalização das medidas sanitárias não esteja sendo exercido, a contento, pelo poder público, antes de deflagrar ou dar encaminhamento à persecução penal em relação à prática da infração penal prevista no art. 268, do CP, em relação às pessoas que estejam se aglomerando, deve o Ministério Público buscar induzir ou compelir os entes políticos a exercerem com completude o terceiro e o quarto ciclos do poder de polícia, bem como adotar medidas tendentes à

²⁸ AUTOR. 2020.

responsabilização do gestor que esteja deliberadamente se omitindo quanto ao exercício de seu dever.

REFERÊNCIAS

AUTOR. 2013.

AUTOR. 2014.

AUTOR. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.

CHINI, Alexandre; FLEXA, Alexandre; COUTO, Ana Paula, ROCHA, Felipe Borring Rocha; COUTO, Marco. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FABRIZ, Dauray Cesar; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Dever fundamental: a construção de um conceito. **Série Direitos Fundamentais Cíveis**. Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I. Organizadores Cristhian Magnus De Marco, Maria Cristina Cereser Pezzella, Wilson Steinmetz. Joaçaba: Editora Unoesc, p. 87-96. 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários a Lei 9.099, de 26.09.1955. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREINA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, ano 3, n. 2, p. 11-30, 2002.

SCHREIBER, Simone. Notas sobre o princípio da publicidade processual no processo penal. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**. v. 20, nº. 36, p. 133-148, abr. 2013. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/381-1719-3-pb.pdf>> Acesso em: 28 jan. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. **Revista de direito sanitário**. vol. 3, nº. 2, p. 90-106, jul. 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81245/84885>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? **Revista brasileira de epidemiologia**. 23: E200033. DOI: 10.1590/1980-549720200033, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

Submetido em 02.02.2022

Aceito em 30.11.2022