



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS**  
**ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO**  
**NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA**  
**COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**  
**TRABALHO DE CURSO II**

**DIREITO PENAL NA SAÚDE PÚBLICA**

UMA NOVA ANÁLISE DO BEM JURÍDICO TUTELADO, A SAÚDE PÚBLICA

ORIENTANDO (A) – JOAO MARCOS DE SOUSA

ORIENTADOR (A) - PROF. (A) DRA. CLAUDIA LUIZ LOURENÇO

GOIÂNIA-GO

2021

JOAO MARCOS DE SOUSA

**DIREITO PENAL NA SAÚDE PÚBLICA**

UMA NOVA ANÁLISE DO BEM JURÍCO TUTELADO, A SAÚDE PÚBLICA.

Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a) – Cláudia Luiz Lourenço.

GOIÂNIA-GO

2021

JOAO MARCOS DE SOUSA

**DIREITO PENAL NA SAÚDE PÚBLICA**

UMA NOVA ANÁLISE DO BEM JURÍCO TUTELADO, A SAÚDE PÚBLICA.

Data da Defesa: 08 de junho de 2022.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador (a): Prof. (a): Dra. Claudia Luiz Lourenço Nota

---

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a):Dra. Tatiana Oliveira Takeda Nota

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>06</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO I – TEORIAS DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>10</b>
1.1 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO .....	11
1.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO .....	12
1.2.1 Aplicação do conceito de bem jurídico no funcionalismo teleológico ..	16
1.3 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO .....	18
1.3.1 Estruturas lógico reais do finalismo .....	19
1.3.2 O bem jurídico no finalismo .....	20
1.4 FUNCIONALISMO SISTÊMICO .....	22
1.4.1 Funcionalismo sistêmico e o bem jurídico .....	25
1.4.2 Direito Penal do Inimigo e bem jurídico penal .....	27
1.5 SISTEMA NEOKANTIANO.....	28
1.5.1 A proteção do bem jurídico no Neokantismo.....	29
1.6 CAUSALISMO.....	30
1.6.1 BEM JURÍDICO PENAL E CAUSALISMO .....	32
<b>CAPÍTULO II – SAÚDE PÚBLICA.....</b>	<b>33</b>
2.1 SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	36
2.2 O STF E A SAÚDE PÚBLICA .....	41
2.3 APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA .....	43
2.3.1 A criação do Sistema Único de Saúde .....	43
2.3.2 Quebra de patentes .....	45
2.3.3 Fornecimento de Medicamentos de alto custo .....	46
2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	48
<b>CAPÍTULO 3 - DIREITO PENAL E INTRODUÇÃO AO SISTEMA GARANTISTA E PANDEMIA .....</b>	<b>51</b>
3.1 AXIOMAS GARANTISTAS E A LETIMIDADE DO DIREITO PENAL .....	52
3.2 BASE EPISTEMOLÓGICA.....	53

3.3 BASE AXIOLÓGICA.....	53
3.4 BASE NORMATIVA .....	54
3.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	55
3.6 GARANTISMO INTERVENCIONISTA .....	58
3.7 A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PAUTADA PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	61
3.8 PANDEMIAS HISTÓRICAS .....	62
3.8.1 PESTE BUBÔNICA.....	62
3.8.2 VARÍOLA.....	63
3.8.3 CÓLERA.....	64
3.8.4 GRIPE ESPANHOLA .....	64
3.8.5 NOVO CORONA VÍRUS .....	66
3.9 ROMANTISMO PENAL E O ATUAL PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO .....	71
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>80</b>

## RESUMO

O trabalho tem por escopo analisar se o Direito Penal protege efetivamente o bem jurídico da saúde pública. O tipo de pesquisa é a exploratória, que visa familiarizar-se que o fenômeno que está sendo investigado. O principal método é a pesquisa bibliográfica, analisando pandemias anteriores, a construção da dogmática penal, definição da proteção ao bem jurídico e artigos científicos, textos e notícias para a análise do impacto na contemporaneidade. O método utilizado, será o hipotético-dedutivo, na busca de formação a várias hipóteses, para achar uma válida. O estudo analisa as dogmáticas e proteção aos bens jurídicos que marcaram o campo teórico do direito penal, sendo elas o causalismo, neokantismo, finalismo, funcionalismo teleológico e sistêmico. Em virtude da realidade pandêmica imposta ao Estado Brasileiro, tem-se que o sistema pode sofrer modificações profundas em suas diretrizes, e muitas delas não correspondem a uma mudança positiva, portanto, o estudo profundo do objeto de proteção do direito penal é imprescindível, objetivando indicar os caminhos racionais para sua aplicação. A pesquisa se intensifica quando os elementos históricos, das pandemias anteriores que assolaram à humanidade e trouxeram uma mudança abismal é colocado frente ao direito da saúde pública, cravado como direito constitucional e o garantismo penal que corresponde ao pensamento idealizado da aplicação do direito no Estado Democrático de Direito vigente desde à promulgação da carta cidadã. Por fim, analisado os elementos anteriores e narrada ao presente do Estado Brasileiro, percebe-se que à saúde Pública, como bem jurídico penal não é protegido eficientemente pelo Estado.

**Palavras chaves:** Bem jurídico da saúde pública, dogmática Penal e Estado Democrático de Direito

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a relação do direito penal, na proteção ao bem jurídico tutelado, sendo ela a saúde pública, e se esse bem vem sendo efetivamente protegido, trazendo uma reflexão analítica e profunda sobre o sistema penal vigente e, como a pandemia do covid-19 demonstrou na prática que, o sistema brasileiro, ainda tem muito a melhorar e, esse aperfeiçoamento necessita de celeridade.

A sociedade foi profundamente afetada, em diversas áreas, e muitas delas maleficamente, com raríssimas exceções. Com a mudança, vem o medo do desconhecido, e conseqüentemente o desespero. Famílias perderam seus entes próximos, o Brasil voltou ao mapa da fome, desemprego subiu consideravelmente, a inflação bate recordes, e a criminalidade idem.

É cristalino que todo o planeta sofrera as conseqüências da doença, porém o Brasil foi muito afetado, mais que seus vizinhos latinos, próximos, e é necessário repensar o sistema, até para que o racionalismo da dogmática penal, o garantismo, direitos humanos e fundamentais, não sucumbam, anuindo com a pressão que a grande mídia, corporações e parte da sociedade exerce, narrando discursos simplistas e românticos, que carregam, uma narrativa sentimental, com o intuito de causar impacto no cidadão médio e, trazer consigo uma solução mágica, que não tem aplicabilidade prática e gera repressões e discriminações. E a presente análise, também tem esse fim, de preservar o sistema racional e garantista.

Discorre uma breve revisão das escolas penais, aborda alguns pontos, objetivando a respeito da proteção à saúde pública e o objetivo da pena. Na segunda parte dessa revisão, tem-se as novidades da comunidade penal. Funcionalismo-teleológico moderado, de Claus Roxin, que tem novas ideias sobre a atuação do estado na proteção dos bens jurídicos. Funcionalismo-sistêmico radical, de Gunther Jakobs, que entende o Direito Penal detém a função de garantir a manutenção das normas que alicerçam a estrutura social, pois que a sociedade se constitui por meio de normas e delas retira a sua identidade.

Trata-se também da história de pandemias mundiais marcantes, com a peste bubônica que devastou a Europa. E Trouxe mudanças tão profundas que mudou o ocidente para sempre, dela que o iluminismo ganhou força, diante da impotência da igreja de conter, e o baixo conhecimento científico da época. A gripe espanhola, responsável por matar, aproximadamente, 50 milhões de pessoas em 1918. que atingiu uma sociedade conservadora no início do século passado, indiretamente foi responsável pelos governos totalitários da década seguintes.

E algumas pandemias, como a varíola a doença que causou uma das maiores pandemias no mundo e, assombrou a humanidade por mais de 3 mil anos. Ela acometeu faraó egípcio Ramsés II, a rainha Maria II da Inglaterra e o rei Luís XV da França.

A H1N1 que marcou a primeira pandemia do século 21. O vírus, que faz parte da influenza tipo A, teve origem no México, em 2009. O nome popular, gripe suína se deve ao fato de a doença ter acometido porcos em um primeiro momento.

Disserta, ainda, sobre a conciliação das duas áreas, com o acréscimo do direito a saúde pública, como o estado vem aplicando e protegendo. A relativização de princípios constitucionais, como o direito de ir e vir, 5º, inciso XVCF/88.

Em virtude de tudo isso, em princípio, surgem as seguintes dúvidas a serem solucionadas no transcorrer da pesquisa:

O Direito penal, efetivamente protege o bem jurídico da saúde pública?

Para tanto, poder-se-ia supor respectivamente, o seguinte: O Direito penal pátrio não protege efetivamente o bem jurídico da saúde pública

O Direito Penal protege efetivamente o bem jurídico da saúde pública.

O tipo de pesquisa adotada para a confecção do trabalho, é a pesquisa exploratória. Essa que visa uma maior familiarizar-se com o fenômeno que está sendo investigado, a análise da tutela da saúde pública, pelo direito penal, em uma realidade pandêmica.

O principal procedimento que será utilizado é a pesquisa bibliográfica, analisando sobre as pandemias anteriores, sobre a construção da dogmática penal e a definição da proteção ao bem jurídico, e artigos científicos, textos e notícias para a análise do impacto na contemporaneidade.

O método utilizado, será o hipotético-dedutivo, na busca de formação a várias hipóteses, para achar uma válida ao nosso trabalho.

Ter-se-á por objetivo principal– Analisar na prática, a efetiva proteção do bem jurídico da saúde pública.

Como desdobramento deste, alia-se a pretensão de, primeiramente, no capítulo I, conceituar saúde pública. Explicar e demonstrar como esse direito é tão importante, analisando na prática e, atualmente, se o estado garante a proteção ao bem jurídico da saúde pública.; em seguida, no capítulo II; Analisar as pandemias anteriores, peste bubônica, varíola, gripe espanhola e h1n1, como a sociedade reagiu as pandemias anteriores e, o reflexo na dogmática penal, e como as transformações profundas da sociedade, da época, se precaveram para futuras pandemias e, por fim, no capítulo III Conceituar Bem jurídico, a corrente da dogmática penal que adota esse conceito, função dele, como o legislador seleciona o bem jurídico e valora ele como merecedor de proteção estatal.

Nesse diapasão, em razão da dificuldade de sua compreensão e consequentes discussões a respeito dessas exceções, torna-se interessante, conveniente e viável que o papel do direito penal, nos crimes contra a saúde pública, o bem jurídico vem efetivamente sendo protegido? Por que o Brasil foi tão afetado? Qual a responsabilidade do direito penal? Como poderemos evitar futuras catástrofes, na matéria de saúde pública? E como proteger a sociedade, sem recorrer ao positivismo e totalitarismo? Seria o direito penal o escudo para a proteção, ou os outros ramos do direito seriam mais eficazes?

## CAPÍTULO I – TEORIAS DO DIREITO PENAL

A cada mudança da sociedade, o direito penal, também muda, afinal ele está inserido no aparelho estatal que tem o objetivo de reprimir as condutas indesejáveis pela população, a qual designa o legislador para coibir isso. Muitas vezes, ainda mais no direito penal pátrio, existe a discussão a respeito do bem jurídico penal, que é objeto da corrente funcionalista teleológica, no entanto, outras correntes dogmáticas, já trabalharam uma finalidade parecida com a proteção dos bens jurídicos penais.

Com efeito, considerando que nenhuma dogmática é superada completamente, mas, completada, os capítulos posteriores trabalharão o conceito inicial da teoria e como o bem jurídico penal é tratado em cada uma delas. Para isso, inicia-se o conceito de dogmática penal que, necessita de uma introdução histórica para sua correta explicação:

Inicialmente não existia uma corrente que explicasse o direito penal, ele era restringido a códigos, muitas vezes mal elaborados e sem uma lógica racional. Por esse ângulo, surgiu a necessidade de elaborar um complexo de regras para que o Direito Penal, pudesse integrar a categoria de ciências, e na época a tendência era as ciências naturais, que trabalham com regras duras e imutáveis.

Com a necessidade de elaborar isso, surgiram os causalistas que elaboraram e deram início a dogmática. É difícil estabelecer um conceito restrito sobre a dogmática penal, no entanto, André Luís Callegari, Direito Penal e funcionalismo, editora Livraria do Advogado, ano 2017, afirma que, a base da dogmática penal se constitui na elaboração e integração de conceitos em um sistema, voltados a finalidade de resolução de problemas jurídicos.

Apesar de divergências, busca-se sempre uma forma de legitimar a intervenção jurídico penal e, por esse motivo, nos próximos capítulos, apresentará as teorias que, melhor trabalham esse conceito, ignorando a ordem cronológica, objetiva-se trabalhar o bem jurídico penal.

## 1.1. FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO:

Quando se refere a essa dogmática, um autor em específico vem em mente, entretanto, essa não é uma construção individual uníssona, mas, fruto de contribuições de diferentes autores para alcançar e preencher as lacunas existentes desse sistema. No entanto, a primeira, principal e maior contribuição é dada ao professor Alemão, Claus Roxin.

No dia 13 de maio de 1970, na cidade de Berlim, Alemanha, Claus Roxin apresentou o projeto que mudaria o rumo da dogmática pena para sempre, o artigo intitulado “política criminal e sistema jurídico-penal”.

Esse sistema prisma pela finalidade preventiva-especial <sup>1</sup>da pena, e tem como os maiores propositores da ideia, Claus Roxin e Bernd Schünemann, tornando-se uma nova revolução paradigmática do Direito Penal.

O principal problema encontrado por Roxin, no sentido de desenvolver essa intensa dogmática, foi o motivo da dogmática penal, ao longo dos tempos, concentrar esforços na construção de um sistema preciso, causando uma desproporção em relação as consequências práticas, ou seja, o Direito Penal se tornará um ramo simbólico do ordenamento jurídico, este havia se transformado em um sistema fechado, o empenho foi tão grande para convertê-lo em um sistema coerente que, se distanciou do plano fático, por conseguinte, da política criminal.

Por consequência, a principal causa de o sistema ter se fechado, é pelo sistema classificatório positivista, preocupado em organizar e sistematizar as ideias, e, por deixar as valorações político-criminais de fora.

O Neokantismo, ou sistema neoclássico, apesar de ser cerceado de valorações, não empregou a superação da lógica formal e classificatória, apenas, introduziu um juízo valorativo como elemento dessa mesma lógica.<sup>2</sup>

Assim sendo, ROXIN faz um questionamento muito pertinente “de

---

<sup>1</sup> Finalidade preventiva: No sentido de evitar a prática de novas infrações, sob os aspectos: Preventiva especial e geral, nesse caso a Finalidade preventiva especial: a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

<sup>2</sup> CALLEGARI, André Luís. Direito Penal e funcionalismo. 2017. P.100

que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema”<sup>3</sup>

Isto posto surge o seguinte questionamento: Até quando o sistema pode se desdobrar para atender a política criminal? Como detectar e atender os efeitos práticos, para atender a política criminal e o real dano causado?

Pois bem, a ideia de bem jurídico penal introduzida por ROXIN, parece ter esse escopo, a ideia de proteção dos bens jurídicos para a pacificação social e o quanto de pena é necessário para o cidadão que lesou concretamente esse bem jurídico.

## 1.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Essa é uma grande discussão da doutrina internacional, muitos defendem um conceito definido, outros rechaçam essa ideia, alguns nem concebem esse conceito como legitimador para a aplicação do direito penal e intervenção estatal.

Começando por Hirsch<sup>4</sup>, que afirma não existir um conceito predeterminado pelo legislador, esse que não é legítimo para ensejar um controle limitativo do Direito Penal.

Stratenwerth<sup>5</sup>, a qual não é signatário de definições precisas para o conceito de bem jurídico, ele afirma que isso equivaleria a deixar o círculo quadrado, ou seja, uma definição precisa nem sempre é a melhor forma de lecionar determinada matéria, um conceito que não abrange toda a estrutura da ideia é inócuo.

Ghunter Jakobs, concebe a ideia de bem jurídico, de uma maneira diferente, entendendo a ideia de proteção de bens jurídicos se constitui em um resultado mediato a função principal da norma, que é assegurar a vigência. Praticamente é negada a proteção dos bens jurídicos, busca-se aqui a proteção

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal e sistema jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.p.6-7.

<sup>4</sup> Roxin (2006) pg 14. Nessa parte da obra, Roxin seleciona três autores com opiniões contrárias a sua, e expões de maneira sucinta.

<sup>5</sup> Stratenwerth, Zum Begriff des "Rechtutes", 2001 p.378 e 388

da norma. O fato punível é a negação da norma pelo causador, portanto a pena tem o seguinte significado *“a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente”*<sup>6</sup>

Observa nesse sentido o esforço enorme que o referido autor emprega no sentido de dar uma força extraordinária para o estado, essa ideia é para própria proteção dele, exercendo essa força por intermédio das normas, que deve ser garantida para sobrepor aos interesses individuais dos cidadãos.

Uma das maiores correntes que, adotam e difunde a ideia de bem jurídico penal é o funcionalismo teleológico, uma corrente da dogmática penal que teve o seu auge nos anos 70 (setenta). O maior propulsor e divulgador dessa ideia, é o professor alemão Claus Roxin (Hamburgo, 15 de maio de 1931), ele defende a ideia de que as fronteiras de autorização da intervenção do estado por intermédio do direito penal, deverá, obrigatoriamente, observar os extremos pertencentes a função do direito penal, ou seja, o que está além dessa função, não deverá ser objeto do direito penal<sup>7</sup>.

E qual seria a função do direito penal, para Roxin? Pois bem, a função do aludido é dar uma garantia a seus cidadãos da existência de uma sociedade pacífica, livre e socialmente segura, buscando limitar o direito punitivo estatal. No nosso ordenamento jurídico, graças a evolução iluministas e de contribuições de excelentes autores buscando uma racionalização do direito de punir do estado, na intenção de limitar o poder/dever do estado de punir.

Nesse sentido, Beccaria percorrendo no seu livro, dos delitos e das penas, sobre a origem do poder de punir, ele volta a origem do estado, quando os primeiros homens, selvagens, viram a necessidade de reunir, formando as primeiras sociedades, entretanto, na disputa por recursos, essas sociedades entraram em estado de conflito contínuo, prejudicial a humanidade e em que os homens não se sentiram confortáveis com tal situação

Diante disso, exausto dessa situação de guerra e constante temores, sacrificaram uma porção de sua liberdade com a finalidade de viverem com mais segurança, e a soma dessas liberdades sacrificadas, formaram a soberania da

---

<sup>6</sup> Bürgerstrafrecht und feindstrafrecht, em: livro em memória de hung, 2003, p.42.

<sup>7</sup> Roxin (2006) pg 16

nação, essa que é encarregada das leis, administração e outras, tornando o povo soberano e sempre buscando o bem geral.

No entanto, muitos cidadãos buscam o seu interesse particular, para se sobrepor ao bem geral, no caso eles buscam cometer delitos, com um fim específico de qual seja, entretanto, na medida que afeta a bens jurídicos merecedores de proteção estatal, surge a necessidade das penas, estabelecidas contra os infratores da lei.

O direito de punir, então, é necessário, mas deve ser limitado, pois os cidadãos merecem ser protegidos, afinal deram uma porção de liberdade para isso. Um estado tirano com poderes punitivos ilimitados, nunca foi a intenção dos particulares, mas sim, a vontade de viver em segurança e estabilidade.

Muito das premissas funcionalistas são amparadas nessas ideias introduzidas por BECCARIA, principalmente a concepção da legitimação do direito de punir do estado. Entretanto, como o Direito Penal é um ramo do ordenamento jurídico que necessita de manejar com cuidado, pois ele é perigoso e é, conforme explanado, dotado de um significado e legitimação de punição.

É uma legitimação histórica proveniente desde o pensamento relacionado ao contrato social, um consenso entre os componentes da sociedade, marcando a transição do Estado de Natureza, onde o homem possui liberdade e características intrínsecas desde o seu nascimento, vigorando o egoísmo do homem para o Estado Social.<sup>8</sup>

Desde o Contrato Social, proveniente do acordo para o surgimento do Estado Social, os cidadãos detentores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições relacionadas a intervenção do direito penal através do pensamento jurídico, que sejam essenciais para viver em uma comunidade livre e pacífica, e é importante não olvidar que, esse processo somente é invocado quando não é possível, através de outros ramos do ordenamento jurídico, alcançar o objetivo (pacificação social).<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> CANTARINO, Mariana. Thomas Hobbes e o Contrato Social. In: CANTARINO, Mariana. **Thomas Hobbes e o Contrato Social**. [S. l.], 17 maio 2018. Disponível em: <https://blog.enem.com.br/thomas-hobbes-e-o-contrato-social/>. Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>9</sup> Roxin (2006) pág. 17

Esse é um segmento da obra de Thomas Hobbes, O Leviatã, entretanto, é uma ideia originada dele e desenvolvida para melhor, diferente da resolução que Thomas Hobbes impões no Leviatã, que é o seguinte:

Com isto se torna manifesto que durante o tempo em que os homens vivem sem um poder capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição que se chama de guerra; uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens” (O Leviatã, Capítulo XIII).

O Homem só alcançaria a pacificação social se, invocasse um poder superior, com a finalidade de controlar as guerras e conflitos humanos, e ele teria todo o poder como governante, objetivando manter a pacificação social, além de controlar o instinto egoísta do homem, ou seja, um estado totalitário. ROXIN, relata que é necessário encontrar uma linha em que se possa ponderar, para encontrar um equilíbrio entre a liberdade civil e a proteção estatal, algo que atualmente é duramente debatido, com o advento das *fake News* e o intensa e calorosa discussão a respeito da liberdade de expressão.

Da formação do contrato social, originando o Estado Social, em que os indivíduos delegam ao legislador para criminalizar condutas que, afetem a pacificação social, considerando que os outros ordenamentos jurídicos foram insuficientes, surge, então, o Estado Democrático de Direito, modelo teórico de estado baseado nas normas jurídico-penais, com o objetivo de endossar aos cidadãos uma sociedade livre, pacífica e garantindo todos os direitos humanos.

Portanto é uma tarefa do Estado, garantir os direitos individuais indisponíveis (vida, dignidade sexual, propriedade e etc), mas também garantir mecanismos para lograr êxitos na defesa desses direitos, instituições adequadas, e uma administração da justiça eficiente, um sistema de arrecadação para custear essas instituições e políticas públicas eficientes.

Por consequência, o contrato está formado, cabe ao estado criar mecanismos e instituições para a proteção jurídico-penal e cabe ao cidadão, dispor de uma parcela de sua liberdade para o Estado cumprir com seus deveres de proteção, e não colocar seus interesses particulares sobre o bem comum, sob pena de quebra do contrato e incorrer em normas penais, a qual terá uma pena adequada para o caso concreto.

Dessa maneira, todos os objetos legítimos de proteção da norma, que

os cidadãos impõem para o legislador proteger, denomina-se Bem Jurídico<sup>10</sup>.

Estes são elementos que indicam tanto a realidade como objetivos, sendo assim, não são dados dotados de sentidos, se assim fossem, não poderiam ser lesionados. Mas são informações dadas previamente ao legislador, pela realidade, como o direito a vida, bem como objetivos indicados ao legislador, como as pretensões tributárias.

### **1.2.1 APLICAÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO**

Um dos maiores defensores do conceito de bem jurídico conhecido, é o professor alemão, Claus Roxin, introdutor do funcionalismo teleológico, ele ressalta a importância de, na intenção de punir condutas, a necessidade de valoração do efetivo prejuízo que a suposta conduta criminosa, causou no bem jurídico tutelado pelo estado, ou seja, se a conduta causou uma lesão considerável ao bem jurídico, tem-se uma punição mais severa, caso contrário enseja uma punição mais branda, ou talvez, dependendo da insignificância causada, nenhuma punição.

Um modelo adotado e consagrado na nossa jurisprudência pátria, é incluído no princípio da insignificância, reforçado pelo funcionalismo teleológico, criado a partir desse, um exemplo de como o funcionalismo teleológico trata o conceito do bem jurídico penal.

Uma vez que a lesão é insignificante, a atual pensamento da atual dogmática penal, que cada vez mais, vem adotando um sistema garantista e minimalista, que tem por escopo, de limitar o poder estatal.

Não obstante, cumpre observar na teoria funcionalista teleológica, que cada vez mais adentra ao nosso sistema jurídico, superando em partes a teoria finalista de Welzel, objetiva muito a finalidade da proteção aos bens jurídicos, por essa teoria, busca-se um modelo em que o estado se preocupa somente com lesões que na prática, causem danos concretos aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, e o direito penal cada vez mais serve com um

---

<sup>10</sup> ROXIN (2006) pag 18. Esse é o conceito dado pela dogmática funcionalista teleológica, e é aceita pelos nossos tribunais pátrios, obviamente existem divergências fora dessa dogmática e, inclusive, dentro dela.

escudo derradeiro de última ratio.

Francisco de Assis Toledo, discorrendo sobre o tema, preleciona:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos, excluir danos de pouca importância.<sup>11</sup>

Dessa presente lição, extrai-se que o princípio tem por finalidade afastar do tipo penal, os danos de pouca ou nenhuma importância, servindo como instrumento de interpretação, esse princípio pode ser complementado pelo garantismo penal de Luigi Ferrajoli, numa visão minimalista em que o sistema penal, no estado democrático de direito, deve estar contido.

Nesse sentido, (GRECO 2017), sobre o axioma garantista de Luigi Ferrajoli correspondente ao *nullum crimen sine lege*, leciona:

*Nullum crimen sine lege*. A lei penal somente poderá proibir ou impor comportamentos, sob a ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tidos como fundamentais ao nosso convívio em sociedade, em atenção ao chamado direito penal mínimo.

Atualmente, a tipicidade penal ganhou uma análise precisa, dada pelo professor Argentino Eugênio Raúl Zaffaroni, ele afirma que:

O tipo penal se compõe do tipo legal (adequação da conduta à individualização predominantemente descritiva feita no preceito legal, com seu aspecto objetivo e subjetivo), e do tipo conglobante (que requer a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado mediante a comprovação da antinormatividade pela contradição da conduta com a norma, conglobada com as restantes do ordenamento que integra).<sup>12</sup>

Ele insere na tipicidade, além da tipicidade formal, a tipicidade conglobante que se divide em antinormatividade e tipicidade material, está última que interessa nesse argumento, e ela como o direito penal avalia a importância do bem jurídico tutelado no caso concreto, e nas precisas lições de Rogério Greco: "*a importância da lesão ou do perigo de lesão sofrido pelo bem em determinada situação fática*". E essa tipicidade material serviria como um

---

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte especial. 14ª. ed. [S. l.]: Impetus, 2017. v. 2. Página 234.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte especial. 14ª. ed. [S. l.]: Impetus, 2017. v. 2. Página 233

corretivo para a tipicidade formal, adequação da conduta à descrição abstrata prevista no ordenamento penal.

### 1.3 TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Insta observar uma breve introdução da teoria finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel, cujo sucesso foi um marco para a dogmática penal alemã, e conseqüentemente, para o mundo.

A construção coincide com o período da Segunda Guerra Mundial, onde a dogmática penal alemã, assim como todos os produtos jurídicos alemães, estavam descredibilizados pelo mundo, justamente, quando a Alemanha estava em baixa, que a dogmática desenvolvida espalhou. Circunstâncias diferentes de outros autores, como *Listz* e *Mezguer*. *Welzel* nasceu em *Artern*, no estado da Turíngia, e realizou os seus estudos em *Jena*, não participou da Segunda Grande Guerra, em decorrência de uma grave doença pulmonar, mantendo sua atividade como docente em *Göttingen*.

Voltando-se a teoria finalista da ação, essa consistiu na transformação do sistema por meio do desenvolvimento do conceito de "injusto pessoal" sendo esta característica que imediatamente chama a atenção naquele sistema, a qual ele deslocou o dolo natural da culpabilidade. Mas sim, o transformou em um dolo do tipo, um elemento subjetivo deste.

Fritz Loos, (O PASSADO..., 2020) sobre o tema, discorre:

O fascínio produzido pelo projeto sistemático de Welzel não se apoiava, de forma clara, nesse deslocamento, que melhor aparece como "técnico", senão no fato de sua "teoria da ação finalista" haver encontrado, com a estrutura pré-jurídica da ação, um ponto de partida dogmático relevante para ordenamentos jurídicos-penais completamente distintos quanto ao seu conteúdo <sup>13</sup>

A presente teoria representa uma verdadeira revolução na análise dos elementos do crime, dolo e culpa desloca para a conduta, e da conduta, que passa a considerar a finalidade do agente, uma concepção diferenciada das outras teorias. Neste caso, a conduta possui o seguinte conceito: "*comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim*".

---

<sup>13</sup> O PASSADO e futuro do finalismo: no Direito Penal. 1ª Edição. ed. [S. l.]: CDS, 2020. 174 p.

Neste sentido, a “cegueira” empregada pelo causalismo, principalmente no seu conceito de conduta, que considera somente a ação externa como causada do resultado, sem observar o conteúdo do injusto pessoal e subjetivo interno do agente.

Explica Jorge de Figueiredo Dias:

A verdadeira ‘essência’ da ação humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para efeito os meios correspondentes: toda ação humana é assim supradeterminação final de um processo causal. Eis a natureza ontológica da ação, a partir da qual todo o sistema do facto punível haveria de ser construído.

O sucesso dessa dogmática está centrado pela sua aplicação concreta aos casos, sua aplicabilidade é muito forte, isso explica o motivo de *Welzel* fosse traduzido para diversas línguas na Europa, Leste da Ásia, e no seu livro de homenagem aos 70 (setenta) anos, participassem os autores de variados lugares do plante, inclusive, da América do Sul. A doutrina majoritária brasileira adota o finalismo penal, por entender que o Código Penal é finalista.

### 1.3.1 ESTRUTURA LÓGICO REAIS DO FINALISMO.

Essa parte em que define o conceito de bem jurídico, condicionado a circunstâncias reais dadas ao legislador, assemelha-se ao conceito da dogmática penal finalista, as estruturas lógicas reais que foi essencial a criação e desenvolvimento dele.

HASSEMER acentua que WELZEL, criador do finalismo penal, não era simpatizante de definições precisas, entretanto, para a sua base filosófica essencial para sua Teoria Finalista da Ação, a definição com mais precisão encontrasse em ‘*Naturrecht und Rechtstpositivismus*’<sup>14</sup>

Ali as estruturas lógico-reais são dados “*que se impõem de maneira natural pontual a toda matéria do direito e que lhe estabelecem uma determinada forma de regulamentação*”. A existência dessa barreira é umas das teses

---

<sup>14</sup> WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*’. 1975. Berlin, New York. P. 283

fundamentais da teoria final da ação, essa que é uma estrutura permanente, um dado previamente ao legislador que, sujeita o legislador somente quando ele quer propor uma regulamentação de determinada espécie.

É algo bastante parecido com o jusnaturalismo, entretanto, existe limites diferentes que a estrutura lógico-reais submete o legislador.<sup>15</sup>

Embora elas constituam um vasto grupo possível de limites, sua função limitadora é apenas relativa, logo, vinculam o legislador apenas quando ele quer propor uma regulamentação de determinada espécie. Também se assemelha muito com o pensamento relacionado ao bem jurídico penal funcionalista, todavia, Welzel não concebia com grande entusiasmo a ideia de bem jurídico. E se o legislador quebrasse o paradigma e regulamentasse determinada matéria sem observar a estrutura lógico-reais, qual seria os efeitos?

Caso isso acontecesse, teria por consequência que a regulamentação do legislador se tornaria omissa, materialmente errônea e carregada de controvérsia. Isso aconteceria pelo simples motivo da regulamentação não ter alcançado o seu escopo, a sua finalidade, tornando o mesmo, inválido e sem sentido.

E a principal função das estruturas lógicas reais no finalismo, tem a principal função de fornecer a teoria finalista da ação uma base objetiva e forte, reforçando-a em seus aspectos fundamentais, como se fosse um alicerce para uma casa, Welzel defende que: “ Decisivo é que a afirmação da existência de estruturas permanentes, às quais também o legislador está vinculado e que ele não pode mudar, é uma das teses fundamentais da teoria final da ação”.<sup>16</sup>

### 1.3.2 O BEM JURÍDICO NO FINALISMO

A princípio, a teoria finalista da ação foi muito bem recepcionada pelo direito alemão pós-guerra, buscando uma alternativa de superar o conjunto de

---

<sup>15</sup> HASSEMER, Winfried. **O passado e futuro do finalismo**: no Direito Penal. 1ª . ed. [S. l.]: CDS, 2020. Pg 13. Essa é uma obra que consiste em reunir diversos textos, de diferentes autores, sobre o finalismo penal.

<sup>16</sup> WELZEL, Hans. Vom bleibenden und vom Vergänglichem in der strafrechtswissenschaft. P. 346.

elementos valorativos do Sistema Neokantista.

Com a finalidade de aprimorar o sistema finalista, buscou-se criar uma teoria para inserir corretamente na culpabilidade, a teoria normativa pura. Pg10

Diz essa teoria que, a culpabilidade passa a representar meramente um juízo de reprovação, uma valoração que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente, cujos elementos serão a imputabilidade, a consciência (potencial) da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa<sup>17</sup>.

Neste sentido, a concepção do bem jurídico penal como legitimador da intervenção jurídico-penal, não é concebida dessa maneira no finalismo. Aqui, busca-se reprimir o injusto, a moral interna do agente, aliás, esse pensamento é tão forte que, esse sistema desconsidera o desvalor do resultado, pois, concentrou a sua teoria no desvalor da conduta.

Desta maneira, explica que as proteções aos bens jurídicos estão legitimadas na medida em que, pune-se a moral do agente, ou seja, se o agente não causar uma conduta proibida com uma finalidade específica, o bem jurídico estará protegido, se o agente já praticou essa conduta, ele sofrerá as consequências.

Essa é uma das críticas causadas ao finalismo, e então, o próprio código penal pátrio, em respeito aos crimes tentados, não adotou a teoria finalista da ação. Caso fosse adotada, puniria o agente que tentou praticar uma conduta da mesma maneira daquele que a praticou, isso não teria sentido para os funcionalistas, mas para os finalistas, teriam, afinal, o desvalor da conduta está presente, pois o agente queria o resultado e agiu para obtê-lo.

Busca-se a proteção indireta ao bem jurídico, entretanto, esse não é, nem de longe, um argumento para legitimar a intervenção-jurídico penal referente as condutas que foram designadas ao legislador como dignas de proteção do estado. Pelo contrário, busca-se punir, por intermédio do injusto pessoal, a moral interna do agente, o desvalor da conduta, e, na medida que reprime o pensamento interno, protege-se os bens jurídicos.

---

<sup>17</sup> SANCHES, Rogério. Curso Popular da Defensoria, P. 10.

#### 4. FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Em 1980, com o advento da Guerra Fria, onde duas potências mundiais duelavam pelo domínio global, ocasião em que o direito penal era marcado como o traço do medo, das incertezas, surge um Professor Alemão que detém uma peculiar visão da dogmática penal.

No entanto, sua teoria não prospera, ante a queda do muro de Berlim, simbolizando o fim da guerra fria e o estabelecimento dos Estados Unidos da América como única potência mundial, que, por consequência, tiveram um avanço das democracias no mundo.

Na década de 90, o referido autor volta a trabalhar e desenvolver a sua teoria. Entretanto, após o atentado terrorista das torres gêmeas, em 2001, surge o cenário ideal para o desenvolvimento de sua dogmática penal. Em 2003, o autor publica a sua obra intitulada "Direito Penal do Inimigo"

A construção desta teoria tem o adminículo da construção teórica de NIKLAS LUHMANN, sistemas sociais, a partir desta, conclui-se que o direito penal é um "sistema autopoético".

Sobre a teoria de LUHMANN, Caroline de Moraes Kunzles, Estudos de Sociologia, Araraquara, 2004, Página 125:

A diferenciação do sistema não significa, portanto, a decomposição de um todo em partes, mas da diferenciação de diferenças sistema/entorno. Não existe um agente externo que o modifica, é ele mesmo que o faz para sobreviver no ambiente. Mas a evolução do sistema não ocorre de forma isolada, ela depende das irritações do ambiente. E, conforme a tolerância do sistema, as irritações podem levá-lo a mudar suas estruturas. Essa característica de produzir a si mesmo é chamado por Maturana de autopoiese, responsável por um aumento constante de possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura do sistema, levando-o a mudar sua forma de diferenciação. A evolução do sistema ocorre quando ele se autodiferencia e ainda quando há uma passagem de um tipo de diferenciação para outro. Segundo Luhmann a segmentação, a hierarquia, centro/periferia e a função são quatro formas pelas quais o sistema pode diferenciar-se, sendo que, conforme evolui, passa de sistema segmentado até chegar ao sistema funcional. Assim se deu com a passagem de uma sociedade segmentada, na antiguidade, para uma sociedade funcional, na modernidade.

Com efeito, para essa dogmática, o Direito Penal é um ramo vinculado a sua função que cumpre no sistema social, tornando-se autopoético, ou seja, um sistema autônomo e autorreferente, dentro de um sistema mais amplo da sociedade, possui suas próprias regras que ele submete.

Se o funcionalismo teleológico busca aproximar o direito penal da política criminal e torná-lo um sistema aberto, e crítica muito as dogmáticas que preocupavam somente em dar um sentido lógico ao direito penal e ignorava os efeitos concretos, transformando em um sistema fechado. Aqui, no funcionalismo sistêmico, o objetivo é o contrário, busca-se uma fundamentação para legitimar o direito penal, como um sistema fechado, que submete as suas regras próprias.

Desse modo, as divergências não são somente as apontadas no parágrafo anterior, mas, elas aprofundam ainda mais. A missão do direito penal, presente nas teorias funcionalistas, sendo uma forma de submeter a dogmática penal aos fins específicos do direito penal. A missão indireta da teoria sistêmica repousa na missão do direito penal, de resguardar o sistema (império da norma), aqui encontra-se o polêmico direito penal do inimigo.

O funcionalismo sistêmico concentra a sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais, conforme introduzido pela teoria de LUHMANN. Nesse sentido, existindo uma frustração da norma pela conduta do agente, aplica-se a sanção penal, uma vez que, conforme explanado no parágrafo anterior, a principal função desse sistema é garantir a vigência/império da norma, por consequência, a vigência do sistema.

Essa particular teoria, objetiva também a reforma do conceito de conduta, de modo que o império da norma seja garantido, afinal, o conceito de conduta é um marco fundamental de todas as dogmáticas penais. Efetivamente, o conceito de conduta no funcionalismo sistêmico será o seguinte: *comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.*<sup>18</sup>

Não obstante, a parte teórica que mais chama atenção nessa

---

<sup>18</sup> SANCHES, Rogério. Curso Popular da Defensoria, P. 16.

construção teórica é a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo que não adentra ao sistema, é contrário a ele.

Efetivamente, aquele que, se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição severa e determinada, assim sendo o processo legal para esse indivíduo, no tocante a garantias, pode ser suprimido, considerando que o seu comportamento coloca em risco a integridade do sistema.

Vislumbra neste sentido que, a aplicação do sistema dentro de um sistema, aplica em sua integralidade na mencionada teoria, é o direito penal do inimigo é uma das principais asserções, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado “infiel ao sistema”.

As outras teorias, quais sejam o finalismo e causalismo, diferente do funcionalismo de Jakobs, não concebem o homem, em suas construções dogmáticas, fora do contexto social, aliás, sequer consideram os grupos sociais a qual cada indivíduo é inserido, mas sim, consideram, todos os cidadãos no mesmo “balaio”, na mesma camada social, em condições de igualdade.

Apesar de todas as características que lhe é peculiar, o funcionalismo de JAKOBS constata e sustenta esse pensamento, atribuindo uma interpretação social aos conceitos dogmáticos.<sup>19</sup>

André Luís Callegari (DIREITO..., 2017, página 136), nesse prisma, discorre que<sup>20</sup>:

“Então, pode-se apontar como uma das modificações específicas dessa nova proposta a alteração de referências. A causalidade, fundamento do sistema causalista, e a finalidade, pedra angular do finalismo, dão lugar, no funcionalismo de JAKOBS, à competência. Essa categoria surge do fato de que, na sociedade, cada pessoa possui um determinado papel social a ser exercido (pedestre, motorista, esportista, eleitor, etc), possuindo determinadas expectativas de acordo com o papel que desempenha em dado momento, expectativas das quais o sujeito é garante”

Isto posto, observa-se algumas características presentes nessa

---

<sup>19</sup> BRUERA, Matilde M. Dogmática penal y garantías individuales. In; BRUERA, Hugo Arnaldo; Derecho penal y garantías individuales. Argentina: Editorial Juris, 1997.p.71

<sup>20</sup> CALLEGARI, André Luís Direito penal e funcionalismo: Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. 1ª Edição. ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017. 184 p.

complexa construção dogmática, neste sentido, Rogério Sanches Cunha, de forma resumida, traz algumas para apreciação<sup>21</sup>:

a) Antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; b) Condutas descritas em tipos de mera conduta e de perigo abstrato (flexibilizando o princípio da ofensividade); c) Descrição vaga dos crimes e das penas (flexibilizando o princípio da legalidade); d) Preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato (flexibilizando o princípio da exteriorização do fato); e) O surgimento das chamadas “leis de luta ou de combate”; f) Endurecimento da execução penal; g) Restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de Terceira Velocidade.

#### **1.4.1 FUNCIONALISMO SISTÊMICO E BEM JURÍDICO**

De imediato, é necessário destacar que a presente teoria, assim como o finalismo, não valoriza a proteção dos bens jurídicos penais como o legitimador para a intervenção jurídico penal do estado, mas, neste caso, cuida-se da manutenção e confirmação da vigência da norma, o império da norma, a confirmação do poder estatal contra os malfeitores da sociedade.

Diante disso o bem jurídico penal é somente um efeito mediato da função da pena, uma proteção indireta, que não é a primordial, e ele é considerado a expectativa da norma em relação a configuração estatal frente às violações da norma.

No entanto, a divisão quanto aos bem jurídicos, não segue o regulamento muito simples, de modo que, em determinados seguimentos o autor trata de separá-los e explicá-los.

A principal diferença reside na separação dos bens jurídicos em; bem jurídico penal, que objetiva manter as expectativas normativas essenciais e o Bem jurídico, objeto de proteção de algumas normas gerais

A primeira classificação, trabalha muito profundamente com as expectativas normativas, e é um pilar teórico desse funcionalismo. A expectativa que as pessoas têm na norma, deve ser levada a sério, de modo que, até um pequeno furto, consumado com um pequeno valor, deve ser objeto

---

<sup>21</sup> SANCHES, Rogério. Curso Popular da Defensoria, P. 18

de repressão, pois, no caso concreto, a norma foi violada

(PRADO, 2018) sustenta um exemplo sobre a aplicação concreta do funcionalismo sistêmico; O filme do “Piratas do Caribe”, existe um código de conduta dos piratas, que é guardado pelo Capitão Jack Sparrow. Em uma reunião, um dos piratas sugere uma conduta que violará as normas contidas no código pirata e, diante disso, surge a figura do Edward Teague, advertindo que quem violar o código sofrerá as consequências de suas ações.

Na visão de JAKOBS, o Edward Teague seria o Direito Penal, e as expectativas normativas que cada cidadão transfere ao código, deverá ser resguardado e ninguém violará, ainda que seja interessante a determinadas pessoas. As expectativas normativas iniciam da precisão das pessoas, em seu meio social, estarem vinculada por leis e esperarem delas que, cada particular agirá de acordo com elas.

A segunda classificação diz respeito aos bens jurídicos que, cada tipo penal necessita, não necessitando de uma explicação pormenorizada.

(PRADO, 2018) sobre as expectativas normativas essenciais, explanava que:

Para Jakobs, transgredida a norma há uma conseqüente decepção nos demais indivíduos e, aí, a ingerência do Direito Penal se torna necessária para restabelecer a segurança pois que, com sua ação, o Direito Penal reafirmaria a vigência da norma e asseguraria aos indivíduos que suas expectativas de ordem não seriam novamente defraudadas. A norma corresponderia a uma expectativa normativa de comportamento. Violada essa expectativa, aplica-se uma sanção como forma de reafirmar a expectativa frustrada, negando-se que o fato praticado seja correto e se afirmando como correto o comportamento determinado pela norma. A pena é quem desempenha esse papel responsável pela reafirmação de vigência da norma.<sup>22</sup>

Por fim, sobre a proteção dos bens jurídicos penais no funcionalismo sistêmico, tem-se que, para essa dogmática, a melhor maneira de o proteger, é a proteção da própria norma, fortalecer a vigência da norma e levar a sua proteção a sério, de modo que as expectativas normativas, que cada particular

---

<sup>22</sup> PRADO, Rodrigo Murad, O Funcionalismo Sistêmico de Ghunter Jakobs, 11.12.2018, disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/funcionalismo-sistemico-jakobs/>, acessado em 05.12.2021, as 09:48

confia a norma, seja salvaguardada, com o intuito de que a proteção não seja frustrada.

#### **1.4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E BEM JURÍDICO PENAL**

Conforme exposto, esse funcionalismo leva muito a sério a proteção da norma penal, e, nesse sentido, surge uma premissa dentro dessa dogmática que tem a função de construir um sistema próprio para o indivíduo considerado “infiel ao sistema”, e esse sistema próprio, tem o objetivo de lidar com esses tipos de indivíduos.

A pergunta central que é necessária ser respondida, é a seguinte; para esse sistema, quem é o inimigo? E a resposta é, o inimigo é a antítese do cidadão, aquele agente infrator que, de certo modo, não reconhece o ordenamento jurídico, esse, não receberá o mesmo tratamento dos demais, pois, se o sujeito não reconhece o ordenamento jurídico vigente, qual será o motivo de aplicar esse mesmo ordenamento para ele que, quer a destruição do mesmo.

Essa aplicação diferenciada da legislação, sobrepões até mesmo a reparação da vigência da norma, que ficará em segundo plano, pois o inimigo é implacável e ameaça as estruturas sociais, as bases do estado e a destruição dele.

Essa inspiração de JAKOBS para o direito penal do inimigo, não é uma ideia nova, mas vem de uma construção de perdura a milênios, e é provinda de autores como Protágoras, São Thomas de Aquino, Immanuel Kant, John Locke, Hobbes etc.

Sanches (2017) disserta que Protágoras, em sua teoria, defende que a pena não tem sentido retributivo, mas pedagógico. Só se poder extirpar os delinquentes da sociedade, depois de serem orientados para a moral e para a justiça e mesmo assim, voltar a cometer delitos.

São Tomás de Aquino defendia que os pecadores, aqui, no sentido de quem comete infração, deve ser abatido pelo estado como um animal, aliás, a dignidade humana só repousa em homens virtuosos.

HOBBS, a principal inspiração de JAKOBS, defende um Direito

Penal para o cidadão mau e outro direito penal para os inimigos. Atualmente, entende-se o inimigo como um terrorista, membro de organizações criminosas, dentre outras maneiras de contrapor o estado de direito.

### 1. 5. SISTEMA NEOKANTIANO

Na Alemanha, no início do século XX, constatou-se uma situação inusitada, um duelo de forças no campo teórico, que cada vez mais, insistia em seguir um positivismo perigoso e irracional, que podia transmitir ao sistema, um dano irreversível. Zaffaroni<sup>23</sup> resumiu o conflito dentro das ciências humanas na Alemanha, que era entre o acordo das polícias, que tinham o poder, mas não tinham o discurso, e dos médicos, que tinham o discurso, mas não tinham o poder. (ZAFFARONI 2019)

Assim sendo, a criminologia etiológica, controlada pelos médicos e o positivismo, controlado pelas polícias, começaram a sufocar os juristas, que não participavam da “negociação” e assim, ou reagia diante da subordinação, ou, desapareceria. Por esse motivo, os advogados criminalistas, como uma forma de reação, resolveram dividir o sistema, separando as ciências, dividindo em duas classificações; as ciências naturais, guiadas pela causalidade, e ciências culturais, ou do espírito, regida pelos valores.

A criminologia etiológica, foi incluída na primeira classificação, deixando de ser um problema para os penalistas, e o Direito Penal foi incluída na segunda. E o penalismo alemão libertou-se do positivismo de Liszt, mas, só conseguiu isso, recorrendo ao neokantismo, uma filosofia que ampliavam o conceito de ciências humanas, derivada de Kant, principalmente a teoria do conhecimento, que trouxe a ideia de que o conhecimento puro não depende da experiência sensorial, além, do conhecimento empírico, mas que, afastavam os interesses epistemológicos.

A conduta, presente nessa teoria, não diferiu muito da dogmática anterior, causalismo, mas, ampliou-se, englobando a omissão, embora os neokantistas não conseguissem explicar ela de uma maneira coerente.

---

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez. **Doutrina Penal Nazista, a Dogmática Penal Alemã entre 1933 e 1945**. 1ª. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. Pág. 128

Uma contribuição que se deve a essa teoria, é a existência de elementos normativos (demandam juízo de valor do magistrado) e subjetivos especiais (especial fim de agir) <sup>24</sup>, assim sendo, os elementos descritivos ganham uma relevância maior, deixando o positivismo de lado, e o superando, em partes.

A culpabilidade ganhou a teoria psicológico-normativa, que, agora, não é mais compreendida como um vínculo do agente e o resultado, mas agora como um juízo de reprovação<sup>25</sup>.

### **1. 5.1 A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS, NO NEOKANTISMO:**

Inicialmente, é primordial a necessidade de explicar como o neokantismo funciona, de um modo gráfico.

Desta maneira, uma forma de ilustrar o neokantismo, é um exemplo dado por (ZAFFARONI, 2019). O mundo real é igual uma casa, que, acaba de receber mudanças, ou seja, tudo está desorganizado, e embora exista materialmente, nada pode ser usado, então, a casa não é habitável e nem está disponível.

Os neokantianos dizem que aquilo, que coloca ordem no mundo, são os valores, e por intermédio deste, permite-se colocar cada entidade em seu lugar. Vale-se da teoria do conhecimento, que leciona que as entidades do mundo se apresentam ordenadas e, portanto, não são disponíveis.

Os valores, por si só, não são dotados de um conceito preciso, mas sim, valem.

Dessa forma, é difícil imaginar quem define, o que vale, e, o que não vale, e realmente, nesse ponto, o neokantismo não traz uma regra para ser seguidas, deixando um caminho perigoso em aberto.

Outra questão suscitada além dessa é a seguinte, o valor, não cumpre uma função ordenadora, mas sim, criativa, pois ele define/organiza as coisas que existem no mundo material, mas estão indisponíveis.

---

<sup>24</sup> SANCHES, Rogério. Curso Popular da Defensoria, P. 6.

<sup>25</sup> JESUS, Damásio de, **Estudos Penal e Teoria do Crime**, disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/ice4/vordf/estudos/penal/teoriacrime.html>, acessado em 07.12.2021.

O maior difusor do sistema neoclássico é o autor, Edmund Mezger, buscando sempre superar o positivismo, sem superá-lo. Interessante que o sistema neoclássico foi o legitimador da maior tragédia humanitária do século passado.

Trata-se que Mezger ajudou a legitimar o regime nazista, contribuiu muito nesse período, ainda mais quando foi promulgada a Lei de 28/6/1935, que passou a permitir analogia no direito penal, baseado unicamente, na ideia do sentimento do povo alemão, era definida como uma necessidade de desamararr o juiz do texto legal, positivismo, objetivando alcançar a justiça, já que o texto legal era falho, mas a justiça, não poderia ser.<sup>26</sup>

Sem dúvidas, que o Estado Nacional Socialista Alemão é justificado coerentemente pela dogmática penal neokantiana, pois, quem atribuía os valores naquele momento, era a figura do Fuhrer, e a lacuna aberta, deixada para quem define os valores, foram preenchidos por ele, e infelizmente, aconteceu aquela atrocidade.

Ainda, sobre o neokantismo, (Zaffaroni, Doutrina Penal Nazista, 2019):

Entendido isto no marco nazista, a reconstrução neokantiana é transparente: a submissão do Estado à ética emanada da comunidade do povo, concebido como uma unidade com esta, exige que aqueles que não merecem ser partícipes da comunidade (cegos totais ao direito) sejam expelidos, e que aqueles que, sem chegar a evidenciar essa condição (espécies de míopes ou daltônicos ao direito), mostrem falhas na compreensão das suas exigências ético-jurídicas sejam punidos mediante educação.

## 1.6. CAUSALISMO

O Início da dogmática penal, surgiu em um período de transição da idade média, para a moderna, com a dominância do iluminismo, “tomando” o poder das igrejas e introduzindo a ciência, de modo que a ciência não sobrepuja somente a religião, mas também à política, à moral, à filosofia,

---

<sup>26</sup> FRAGOSO, Christiano, Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal Nazista de 1936, 1ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro/RJ, 2014.

dentre outros.

A ciência se torna uma ferramenta, em que muitos desse período, acreditavam ser a ferramenta perfeita, que seria a explicação totalizante do mundo. Diante disso, surgiu o positivismo jurídico, que buscou restringir o mundo da ciência aos fatos e às leis relacionadas a esses fatos, na visão empírica do conhecimento. Posto isto, buscou-se restringir o mundo da ciência aos fatos e às leis relacionadas a esses fatos, em uma visão propriamente empírica do conhecimento.

Voltando-se ao Direito Penal, o causalismo é representado, pelos autores alemães Franz von Liszt e Ernst Von Beling, que basearam em Augusto Comte, um matemático francês que buscava transformar a sociedade por meio de regras imutáveis.

André Luís Callegari<sup>27</sup>, sobre o causalismo, escreveu que:

Com a fundamentação dessa teoria causalista na visão do positivismo científica, procuraram-se solucionar os problemas do Direito com argumentos sistemáticos conceituais, deixando de fora da dogmática jurídica os conhecimentos filosóficos, psicológicos e sociológicos. Reflexo disso é a afirmação de Rocco, por volta de 1910, quando acolhe, na Itália, a metodologia positivista de Franz von Liszt, de que o Direito Penal deveria ter por objeto o direito positivo carente de qualquer contaminação antropológica, sociológica ou política.

O conceito de conduta, presente nessa teoria, é de uma natureza externa e mecânica, sem levar em consideração qualquer elemento subjetivo do agente, cuida-se de um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.

O conceito analítico de crime é tripartite, isso graças a uma contribuição do autor Gustav Radbruch, que acabou superando o conceito de Liszt, que considerava somente o elemento objetivo e subjetivo, sendo que estes dois ramos, não se conectavam.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. 1ª . ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017. Página 33

<sup>28</sup> CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. 1ª . ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017. Página 35.

## 1. 6.1 BEM JURÍDICO PENAL E CAUSALISMO

Imediatamente é importante destacar que a presente corrente dogmática não possuía um discurso relacionado diretamente aos bens jurídicos penais, é o início do direito penal moderno, quando esse ainda dava os seus primeiros passos.

Aqui trata-se de uma tentativa de introdução aos conceitos duros das ciências naturais, a ciência penal,

(SÁNCHEZ 1992) mencionava que o sistema dogmático causalista não era teleológico, ou seja, não buscava a finalidade empregada pela norma, mas um sistema lógico e estritamente vinculado a lei, um direito correto que não pode ser contrariado, no entanto, Liszt não era totalmente ignorante a finalidade da norma, ele só entendia que esta era dirigida aos políticos, e não caberia ao juiz.

A forma de aplicação do direito causal, é representado pelo modelo metodológico dele, sendo ele o seguinte: primeiramente, o jurista deve pegar o seu objeto de exame, as normas jurídicas, passando a deduzir dessa norma jurídico penal os conceitos ali presentes, concluindo o seu trabalho com a construção de um sistema alcançado por juízos de abstração de conceitos especiais e gerais.<sup>29</sup>

Então os conceitos que necessitam de uma abstração pormenorizada, não são aceitas nesse sistema, as ciências humanas não são bem-vindas no mesmo, é impossível conciliar essa dogmática com a discussão político criminal, filosófica, sociológica, dentre outras.

---

<sup>29</sup> CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. 1ª . ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017. Página 37

## CAPÍTULO II

### 2. SAÚDE PÚBLICA

Imediatamente, cumpre atentar que o conceito de saúde não é algo unísono, e nem sempre foi. Comportando diversas análises durante a história, influenciadas sempre, pela sociedade das respectivas épocas.

A conceituação de saúde nunca foi completamente abordada de uma maneira científica, mas foi orientada de maneira social, econômica, política, cultural e pelos valores individuais das alusivas sociedades que viveram, ou vivem. Com efeito, a saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas, se aplica para o conceito de doenças, mas dependerá também da análise dos aludidos elementos expostos<sup>30</sup>.

As sociedades de diferentes épocas variam de uma maneira muito grande, e em determinado período, muitos médicos consideravam como doença, a conduta de fuga do escravo. Esta “doença” foi diagnosticada pelo médico Samuel A. Cartwright, médico pertencente da *Louisiana Medical Association*, em 1851, nos Estados Unidos da América. O referido médico, afirmou com precisão, por todo o território do sul dos Estados Unidos, que a tendência de fuga dos escravos, nada mais era do que um distúrbio mental e que deveria ser acompanhado de um tratamento adequado.<sup>31</sup>

O Dr. Benjamin Rush (Byberry, 4 de janeiro de 1746 — Filadélfia, 19 de abril de 1813) intitulado por muitos de “pai” da psiquiatria americana, tinha uma forte crença de que a pele negra, era resultado de uma forma branda de

---

<sup>30</sup>Scliar, Moacyr História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2007, v. 17, n. 1 [Acessado 12 Dezembro 2021], pp. 29-41. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Epub 21 Ago 2007. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>.. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt>, acessado em 10.10.2021 as 20h07min.

<sup>31</sup> Scliar, Moacyr, História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2007, v. 17, n. 1 [Acessado 12 Dezembro 2021], pp. 29-41. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Epub 21 Ago 2007. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>., acessado em 10.10.2021 as 20h07min.

lepra.<sup>32</sup>

No século XIX e século XX, a psicologia junto com a psiquiatria foram atrás dos homossexuais com a finalidade de constatar que aquele desvio de comportamento era um problema mental. Um dos primeiros estudos conciliando essas áreas foi realizado pela obra *Psychopathia Sexualis*, de 1886, o autor Richard Von Krafft-Ebing concluiu que a homossexualidade era causada por uma “inversão congênita” durante o nascimento ou desenvolvimento do indivíduo.<sup>33</sup> Felizmente a homossexualidade deixou de ser considerada um distúrbio pelo OMS, desde 1990. No entanto, cumpre observar que os olhares conservadores dominantes dessa época, interferiam diretamente no conceito de doença.

Os hebreus acreditavam que a doença não era somente uma ação de demônios, mas representava um sinal divino, relacionado a desobediência ao mandamento divino, diante dos pecados humanos, ou seja, uma punição de Deus a humanidade, que insistia em desobedecer. A doença divulgava o pecado, muitas vezes de modo perceptível, como no caso da lepra.<sup>34</sup>

A referida doença é cerceada de conotações pecaminosas, uma vez que a doença manifesta na pele do indivíduo e é terrível, insinuado que, aquela pessoa era uma pecadora e acabará de sofrer um terrível castigo por Deus.

Não existia nenhum tipo de tratamento, dessa forma, o doente era isolado. Os leprosos eram considerados mortos e rezavam missa para eles,

---

<sup>32</sup> WARNER, Judith. **The New York Times**, Psychiatry Confronts Its Racist Past, and Tries to Make Amends. But there is a lot to apologize for — from Reconstruction to today. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/30/health/psychiatry-racism-black-americans.html>, acessado em 10.10.2021 as 20h22min.

<sup>33</sup> VIDALE, Giulia, Por que considerar a homossexualidade um distúrbio é errado. A homossexualidade é uma questão de orientação sexual, **Revista Veja**, que, por um equívoco, ficou anos classificada como desordem mental. 2017[Acessado 12 dezembro 2021]. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/por-que-considerar-a-homossexualidade-um-disturbio-e-errado/>.

<sup>34</sup> Lepra é uma doença causada por uma infecção crônica causada pela bactéria *mycobacterium leprae* ou *mycobacterium lepromatosis*. Resulta danos principalmente nos nervos (nervos localizados no exterior do cérebro e da medula espinhal), na pele, nos testículos, nos olhos e nas membranas mucosas do nariz e da garganta. Acredita-se que a doença tenha surgido no Oriente e se espalhado pelo mundo por tribos nômades ou por navegadores, como os fenícios. Era muito comum antigamente e letal. TIERNEY, Dilan e NARDELL, Edward, Lepra, Manual MSD, versão Saúde para a família. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt-br/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/tuberculose-e-infec%C3%A7%C3%B5es-relacionadas/lepra>, acessado em 10.12.2021 as 23h10min.

mesmo com vida, depois, eram afastados e proibidos de terem contatos com outras pessoas, impedidos de entrarem em igrejas, tinha que usar trajes especiais e luvas, carregar sinetas ou matracas com a finalidade de anunciar a sua presença e, para pedir esmolas, utilizava-se um cabo comprido com um saco amarrado na sua extremidade, evitando, de qualquer modo, o contato.<sup>35</sup>

Também existiam os leprosários, estabelecimento muito comum nessa época, para onde os leprosos eram enviados.

Não existem dúvidas que a ciências, pelo conceito de doença, é atingida fortemente pelas crenças humanas, como é no caso da hanseníase, a qual carrega um preconceito das pessoas presente até os dias atuais.

No entanto, existem casos curiosos em que as próprias crenças serviam de escudos para prevenção de doenças. O judaísmo, mantinha uma crença de união dos seus povos mediante a coesão grupal, acentuando suas diferenças com outros povos do oriente média, semelhante às “panelinhas” presentes nas escolas do ensino médio, onde os grupos eram definidos e separados, dificilmente se juntavam. Em vista disso, a prevenção de doenças, sobretudo as transmissíveis, não atingiam fortemente o grupo e essa servia como uma prevenção. Outras formas que existiam é a proibição de moluscos, evitando doenças como a hepatite transmitidas por ostras e a regra que nenhum animal poderia ser abatido por quem tivesse doença de pele, as lesões da pele contêm micróbios e assim, faz sentido. Cumpre observar que nenhuma dessas prevenções eram realizadas de maneira racional, o intuito desses povos eram outros.

Na Grécia antiga, a medicina não era isenta das crenças religiosas, de fato, o conceito de saúde e doença, também não. Várias divindades estavam vinculadas a saúde, Asclepius, ou Aesculapius (que é mencionado como figura histórica na *Ilíada*), duas outras deusas, Higiéia, a Saúde, e Panacea, a Cura.

Os índios Sarrumá, que habitam as fronteiras entre o Brasil e Venezuela, tem a crença de que, a diferenciação de morte por causa natural e

---

<sup>35</sup> CAVALIERE, Irene, Hanseníase na História. Revista INVIVO da Fiocruz. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1182&sid=7>. Acessado em 13.12.2021 as 20h15min.

acidente, não existe. Dessa forma, a morte é resultado da maldição ou do inimigo, por exemplo, que come um animal e morre, pode ser a vingança do espírito do animal que causa a doença levando a pessoa ao óbito.<sup>36</sup>

A ciência obteve um avanço significativo, no final do século XIX, com a revolução pasteuriana, esta que revelou a existência de microorganismos causadores de doença, viabilizando a criação de soros e vacinas. No entanto, nos séculos posteriores, mesmo com essa descoberta, não isentaram a crença da ciência.

Noutro giro, o conceito da OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948, que foi transformado no Dia Mundial da Saúde, trouxe o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, dessa forma, o teor da carta diz que "Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade".

## 2.1 SAÚDE PÚBLICA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

Entrementes à constituição Federal do Brasil, trouxe esse conceito no Artigo 196, dizendo que:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação".

Atenta pelo fato que esse conceito evita discutir o conceito de saúde, mas celebra que essa é um dever do estado. Indubitável a importância da saúde do ser humano, um bem jurídico fundamental. No entanto, cumpre observar que, este foi reconhecido pelo estado brasileiro como direito

---

<sup>36</sup> Scliar, Moacyr, História do conceito de saúde. Physis: **Revista de Saúde Coletiva** [online]. 2007, v. 17, n. 1 [Acessado 12 Dezembro 2021], pp. 29-41. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Epub 21 Ago 2007. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>., acessado em 10.10.2021 as 20h07min.

<sup>36</sup> WARNER, Judith. **The New York Times**, Psychiatry Confronts Its Racist Past, and Tries to Make Amends. But there is a lot to apologize for — from Reconstruction to today. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/30/health/psychiatry-racism-black-americans.html>, acessado em 11.10.2021 as 20h32min.

fundamental, apenas, na Constituição Federal de 1988, por consequência, tem-se que o Estado Brasileiro, por intermédio dos constituintes originários, somente reconheceu que este tem o dever de resguardar esse direito em sua sétima constituição, mesmo esse sendo um direito básico e extrema relevância.

É o ensinamento do constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, complementando o assunto, dispara:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.<sup>37</sup>

Noutro giro, tem-se que a Saúde é um direito de todos, tanto individualmente, como coletivamente, como se extrai do artigo constitucional em análise. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2017.p.597) “ dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. ”<sup>38</sup>

Nesse sentido, considera-se o poder normativo da constituição, que vai muito além de uma carta política que rege os regimes políticos e direitos sociais dos cidadãos brasileiros, mas é como se a carta magna fosse o próprio contrato social tangível, analisando friamente, é, gerando uma vivacidade capaz de proteger os particulares, orientando e obrigando o estado para a proteção, dos direitos básicos, que, conforme analisado, muitas vezes fora ignorado por ele.

Doutro norte, a relação entre o indivíduo e o estado, no tocante a saúde pública, gera uma relação jurídico obrigacional.<sup>39</sup>O dispositivo é claro ao estabelecer que, além do direito fundamental existe a obrigação de prestação por parte dos entes federados cravados na Constituição Federal, por isso existe

---

37 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 311.

<sup>38</sup> FERREIRA MENDES, GUSTAVO GONET BRANCO, Gilmar, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. [S. l.]: Saraiva, 2017.

<sup>39</sup> AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-9-2000.

a mencionada relação.

Existe o dever de as entidades políticas promover programas, ações e outras políticas públicas que entenderem pertinentes visando à redução de doenças e proteção, bem como a promoção da saúde. À vista disso, determina o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência

A garantia mediante políticas sociais e econômicas designa que o Poder Público deve, por meio de formulação de políticas públicas, de uma forma criativa, mas que o objetivo final seja sempre a proteção/promoção do direito em análise.

PAULO GUSTAVO GONET E GILMAR FERREIRA MENDES (2017), esclarece que:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.<sup>40</sup>

Extrai-se, portanto, que essa função alocativa, é uma forma pelo qual o governo divide os recursos para utilização no setor público e privado. Às vezes, essa é mais eficiente, a proteção do direito à saúde pode ser feita, em alguns casos, pelo setor privado, não significa que o estado deve fazê-la diretamente, mas deve ajudar a fazê-la.

Esse é o entendimento do CONAS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde<sup>41</sup>). "Função alocativa: processo pelo qual o governo divide os recursos

<sup>40</sup> FERREIRA MENDES, GUSTAVO GONET BRANCO, Gilmar, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. [S. l.]: Saraiva, 2017.

<sup>41</sup> CONAAS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, acesso em: [https://www.conass.org.br/guiainformacao/a-gestao-financeira-e-o-ciclo-orcamentario/#:~:text=%C2%BB%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20alocativa%3A%20processo%20pelo%20qual,%20entre%20outros%20aos%20cidad%C3%A3os](https://www.conass.org.br/guiainformacao/a-gestao-financeira-e-o-ciclo-orcamentario/#:~:text=%C2%BB%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20alocativa%3A%20processo%20pelo%20qual,%20entre%20outros%20aos%20cidad%C3%A3os.). 01/03/2022, às 13:30.

para utilização no setor público e privado, oferecendo bens públicos, semipúblicos ou meritórios, como rodovias, segurança, educação, saúde, entre outros, aos cidadãos”.

Também, o Poder Público tem o dever preventivo para atuar, é o trecho do artigo exposto: “ *políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos*”.

Percebe-se que a área de atuação é bastante extensa, pois, a doença pode encontrar vários fatos geradores, como à poluição, alimentação e etc., todavia, detectado o problema é imprescindível a atuação do Estado. O cigarro é um produto altamente poluente, lesivo às vias respiratórias, o Governo, por meio de suas políticas públicas, desenvolveu uma maneira para as pessoas pararem de adquirir tal produto, e fazerem o uso do mesmo.

No Brasil, por exemplo, o tabagismo é considerado um problema de saúde pública e seu controle, iniciou-se no ano de 1989, quando o Ministério da Saúde, com a participação do Instituto Nacional do Câncer (Inca), criou o Programa Nacional de Controle do Tabagismo (PNCT), este objetiva a redução de fumantes do Brasil, tendo em vista a conseqüente morbidade e mortalidade por doenças relacionadas ao tabagismo, com ações implementadas de forma descentralizadas utilizando o sistema de gerência do Sistema único de Saúde.<sup>42</sup>

Percebe-se que no caso, utilizaram-se da função alocativa, em que um instituto que não participa da administração pública, articulou com essa, utilizando de sistemas de gerências, buscando realizar a ação preventiva, em que detectaram um problema, utilizaram de uma política pública para combatê-lo, tudo isso, visando a preservação da saúde das pessoas.

A questão da saúde implica no acesso universal e igualitário, ora, um determinado cidadão não poderá ter esse direito negado pelo estado só por ostentar uma condição financeira menor que os outros. Neste caso é reforçada a responsabilidade dos entes federados.

---

<sup>42</sup> Silva, Sandra Tavares da et al. Combate ao Tabagismo no Brasil: a importância estratégica das ações governamentais. *Ciência & Saúde Coletiva [online]*. 2014, v. 19, n. 02 [Acessado 1 Março 2022] , pp. 539-552. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232014192.19802012>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232014192.19802012>.

Este é um objeto da lei nº 8080/90, esta que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e as demais organizações destes serviços. O acesso igualitário e amplamente divulgado nessa lei, como o art. 7º, que organiza:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

**IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (original sem grifos)**

Inclusive, é dever do estado fornecer os serviços adequados ao exercício do direito fundamental à saúde. Este é o entendimento da 7ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo, que obrigou o estado de São Paulo a dispor de um medicamento de alto custo a uma paciente com doença grave e rara.

Para o juiz Emílio Migliano Neto:

"Diante da recusa dos entes públicos em fornecer o medicamento, possível o controle jurisdicional sem expressar qualquer ingerência indevida na área de competência do Poder Executivo, vez que a parte pretende tão somente o cumprimento do dever constitucional do Estado de preservar e recuperar a saúde"<sup>43</sup>

Este mencionada julgamento envolveu o litígio sobre a obrigação do estado em fornecer determinado medicamento na modalidade *off label*, em outros casos, que não é tão específico, a dispensação é a maneira do Estado cumprir com o dever constitucional da Saúde Pública, caso a omissão seja evidente.

Outra grande medida aplicada pelo Estado brasileiro visando a consecução do direito foi a quebra de patentes, a qual reduz o preço dos

---

<sup>43</sup> José Higídio, Consultor Jurídico, ConJur, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-17/governo-sp-fornecer-medicamento-alto-custo-paciente>. Acessado em 01/03/2022.

medicamentos. Viabilizando o acesso à saúde, para quem tem condições mais desfavorecidas. Cumpre observar que, em 2007, a patente do medicamento utilizado para o tratamento de pessoas com HIV, teve uma redução de 72 % do preço original.<sup>44</sup>

## 2.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SAÚDE PÚBLICA

O direito à saúde foi cravado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental do cidadão, defluência do direito à vida, o bem maior da humanidade.

O Supremo Tribunal Federal é uma instância do Poder Judiciário que ganhou um dever de suma importância, o guardião da constituição federal, e os seus julgados servem para nortear as demais decisões. E na questão da saúde pública, esta não fora diferente.

Este fora objeto de dois julgados extremamente relevantes na busca de consolidar um rumo para aplicação e correta interpretação desse direito constitucional, que, como visto, é novo e necessita de um aparato intelectual para sua correta aplicabilidade no plano fático.

Na busca de elucidar esse artigo constitucional de extrema relevância, interpretou os Arts. 5º, caput, e 196 da CF/88, no qual cuidará os parágrafos seguintes<sup>45</sup>.

Na realidade, o cumprimento do dever político estipulado pelo referido Art. 196 da Constituição Federal, assevera a obrigação de assegurar, a população em geral, a proteção à saúde, fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao dever público, em todas as esferas, quais sejam; Municipal, Estadual e Federal.

Sucedendo esse dever, no conflito entre os interesses financeiros dos entes federados e a proteção do direito à saúde/vida, entende-se que deve

---

<sup>44</sup> Tiago Pariz, G1. Globo.com, disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL31234-5603.00.html>. Acessado em 01/03/2022 às 19:25

<sup>45</sup> (STF. 2ª Turma. ARE 685.230 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 25/03/2013).

prevalecer, por uma questão ética e jurídica, somente uma possível solução que coaduna com a carta cidadã de 1988, privilegiar o direito à vida. Afinal é evidente que, no caso concreto, ambos bens jurídicos comparados, tem-se que o direito à vida tem um peso maior que as questões patrimoniais.

A saúde pública é considerada um direito público subjetivo indisponível, assegurado a todos os cidadãos, traduz em bem jurídico constitucionalmente tutelado, a qual deverá encarregar-se da sua integridade, de maneira responsável pelo poder público, este que terá de introduzir, formular e complementar as políticas sociais e econômicas, que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Em outra oportunidade, o direito à saúde foi deslindado pelo relator do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário<sup>46</sup>, ministro Celso de Mello.

Ele explanou que o Direito à saúde se qualifica como direito básico e fundamental que ampara a todas as pessoas, sem qualquer distinção, representa uma consequência inseparável do direito à vida, já que os dois são interligados, ou seja, protegendo à vida, o bem jurídico de maior valor, deve-se proteger a saúde, pois, a vida depende fundamentalmente dela.

O Poder Público, no sentido de englobar a todos os entes federativos, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Como explanado pelo ministro, a omissão do poder público, pela indiferença na resolução de determinadas situações que, geraria danos à saúde da população, é grave, e é inconstitucional, contrariando a carta magna e agindo fora dos limites estabelecidos, de certa forma, à conduta se equipara ao particular que quer furtar-se dos limites legais, colocando o seu interesse pessoal, acima do interesse geral, tendo por consequência à sua delinquência. É um estado marginal, aquele que se recusa a cumprir as regras constitucionais.

---

<sup>46</sup> AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-9-2000

## **2.3 APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA**

Sabe-se que à saúde pública engloba uma relação jurídica obrigacional entre o estado e o particular, gerando um direito subjetivo público para o cidadão.

Cuida-se que o Estado tem o dever de tutelar esse direito, bem como promovê-lo, mediante a criação de políticas públicas essenciais, estipular as diretrizes e colocá-lo em prática. Tudo isso em prol do direito à vida, já que o direito a saúde é defluente do referido direito.

Entende-se que, no conflito entre os interesses financeiros dos entes federativos e o direito à saúde pública, este último, deverá prevalecer, tendo em vista que o bem jurídico é de maior relevância, ou seja, a vida tem um valor maior que os interesses patrimoniais.

Isto posto, para alcançar esse objetivo, a Carta Constitucional determinou a criação de um sistema único de saúde (SUS), que tenha como uma de suas diretrizes o atendimento integral da população (art. 198, II, da CF/88).

Conforme explanado, a carta magna não é um mero texto que estipula diretrizes, mas é um texto normativo que rege o plano fático das políticas públicas.

É indubitável que o Estado Brasileiro e seus entes federados, ao longo dos anos, elaboraram múltiplos mecanismos públicos e políticas para alcançar esses objetivos. No entanto, é importante expor algumas que causaram uma repercussão social considerável como a A) criação do Sistema único de Saúde B) quebra de patentes, que viabilizou o acesso à saúde pública e C) O fornecimento de medicamentos de alto custo.

### **2.3.1 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

O Sistema único de Saúde foi criado pela lei nº 8.080/90, esta que visa complementar o Art. 196 da Constituição Federal.

Extraí desse diploma legal, que a saúde é um direito fundamental do

ser humano, devendo o estado providenciar as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

O objetivo é garantir o acesso à assistência de saúde, para que esta não ficasse somente na esfera privada, gerando custos que muitas vezes os cidadãos não conseguem arcar. Sem o SUS, somente uma privilegiada classe poderia desfrutar do direito à saúde, algo impossível após a promulgação da nossa carta cidadã.

Ressalta-se que essa obrigação pertencente ao órgão público, não é somente para ele e nem exime os demais particulares desse dever, veja-se:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Esse foi o resultado de pressões sociais na época para a criação de um mecanismo de políticas públicas, que no plano fático, desenvolvesse a aplicação da proteção e assistência aos cidadãos para com o direito à saúde, ou seja, que os princípios constitucionais não ficassem somente no papel, mas que ganhasse uma força de atuação.

Deriva da sigla SUS, que está é um Sistema único, discorrendo sobre o conceito de Sistema de Saúde, JAIRNILSON SILVA PAIN (2005):

De início e de forma muito simples poderíamos dizer que um sistema de saúde é o conjunto de agências e agentes cuja atuação tem como objetivo principal garantir a saúde das pessoas e das populações. Essas agências (instituições e empresas) e agentes (profissionais e trabalhadores da saúde) formam algo maior, ou seja, o sistema de saúde. Tais organizações e pessoas que integrem o sistema são partes de um todo, mas o todo pode ser mais que a mera soma das partes.<sup>47</sup>

A carta magna estipula os valores que cada ente federado tem a obrigação de repassar para o SUS, uma forma de garantir a sobrevivência

---

<sup>47</sup> PAIM, Jairnilson Silva, O que é SUS? Coleção temas em saúde interativa. Fundação Oswaldo Cruz, Editora Fiocruz. Ano 2015.

financeira e aplicabilidade dos impostos destinados a estes entes, cumprindo o seu dever constitucional.

Os municípios destinam 15% do que arrecadam em ações de saúde. Para os governos estaduais, esse percentual é de 12%. Já o Governo Federal tem um cálculo complexo: necessita contabilizar o que foi gasto no ano anterior, mais a variação nominal do Produto Interno Bruto. Por fim, essa variação é somada ao que se gastou no ano anterior, para definir o valor da aplicação mínima naquele ano.<sup>48</sup>

Desta maneira, esse presente Sistema é ofertado a todos os cidadãos brasileiros, de forma gratuita, já que este capta dinheiro público para sua manutenção e aprimoramento.

O SUS, também, englobam diversas áreas no campo de sua atuação, como demonstrado no site institucional da secretaria do Estado da Saúde:

As ações do **Sistema Único de Saúde (SUS)** são diversas e englobam, por exemplo, o controle de qualidade da água potável que chega à sua casa, na fiscalização de alimentos pela Vigilância Sanitária nos supermercados, lanchonetes e restaurantes que você utiliza diariamente, na assiduidade dos aeroportos e rodoviárias, e inclusive, nas regras de vendas de medicamentos genéricos ou nas campanhas de vacinação, de doação de sangue ou leite materno que acontecem durante todo o ano. Muitos procedimentos médicos de média e alta complexidade, por exemplo, são feitos pelo SUS, como doação de sangue, doação de leite humano (por meio de Bancos de Leite Humano), quimioterapia e transplante de órgãos, entre outros.

49

### 2.3.2 QUEBRA DE PATENTES

A licença compulsória, popularmente denominada de quebra de patentes, é uma exceção a Lei de Propriedade Industrial. Cuida-se de uma exceção que rompe o direito de uso exclusivo ao dono daquela patente.

Na prática, a quebra de patentes parece uma forma do Estado violar o direito de algum particular inventor de uma determinada fórmula, ora, se ele descobre algo, mediante um esforço enorme, deverá ter a propriedade de sua

---

<sup>48</sup> Secretária do Estado de Saúde, site institucional. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>. Acessado em 01/03/2022, às 10:52

<sup>49</sup> Secretária do Estado de Saúde, site institucional. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>. Acessado em 01/03/2022, às 11:52

invenção e usufruir dos resultados delas, pois ele que empregou determinado esforço.

Contudo, nos casos de saúde pública, como explanado que essa é uma decorrência do direito à vida, o bem maior do ser Humano, tem-se que, para conseguir produzir localmente e, importar medicamentos ou insumos, com preço reduzido, necessário é tomar essa medida, por isso, a quebra de patente é uma forma legítima de atuação positiva estatal.

A lei 9.279/96 comporta essas exceções no artigo 71, veja-se:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, poderá ser concedida licença compulsória, de ofício, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular, desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade.

Insta observar as novidades legislativas provenientes do ano de 2021, em razão da calamidade pública causada pelo novo Corona vírus.

Anteriormente, esse mecanismo fora utilizado para quebrar a patente do nelfinavir, medicamento que integra a lista dos 12 itens do coquetel anti-aids, reduzindo o seu preço em 72%.<sup>50</sup>

### **2.3.3 FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Sabe-se que, os medicamentos previstos na lista do Sistema Único de Saúde são fornecidos pelo Estado, a depender do caso em concreto. Conforme os arts 6º, I, letra d, e art 7º, II, da Lei 8.080/90 e o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8078/90. Normativa que é orientada pelo Art. 196 da Constituição Federal, obrigando o Estado a cumprir os valores constitucionais no caso prático.

Prescrevem os mencionados artigos:

Art. 7º, da Lei 8.080/90 - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram

---

<sup>50</sup> Denise Madueño, Brasil quebra patente de remédio Anti-Aids. Folha de São Paulo. São Paulo, quinta-feira, 23 de agosto de 2001, disponível em: acessado em 07/03/2022, às 21:36

o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:...

II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Art. 6º, da Lei 8.080/90 - Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a execução de ações:...

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Art. 22. - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Desta forma é evidente o custeio de medicamentos e tratamentos pelo Estado, de maneira gratuita e eficiente.

Recentemente existiu uma discussão acalorada nos tribunais Superiores a respeito da prescrição de medicamentos que não estão contidos na lista do SUS, e concluíram, que é possível sim obrigar o Estado a prescrever estes medicamentos cumpridos os seguintes requisitos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- 1) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo) (Info 625).<sup>51</sup>

O STJ entende que o fato de o medicamento não integrar a lista

---

<sup>51</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>>. Acesso em: 07/03/2022

básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais (STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 405.126/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 26/10/2016).

(GILMAR MENDES E PAULO BRANCO, 2017) discorre que o estado, de maneira positiva busca, muitas vezes, colocar em prática os princípios constitucionais a qual fora incumbido e confiado, no entanto, no caso concreto infere-se que os problemas contidos na prática, que é evidente, a demora para conseguir assistência pelo SUS, derivam de questões ligadas à implementação e manutenção das políticas de saúde já existentes, o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução administrativa das políticas públicas pelos entes<sup>52</sup>.

## 2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sabe-se dos horrores empregados pela humanidade no conflito armado na segunda guerra mundial, onde várias pessoas perderam a sua vida, de maneira extremamente cruéis. Na medida em que foram segregadas e tratadas como raças inferiores, distintos de cidadãos comuns.

Com efeito, constatou-se que o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação de regimes autoritários, portanto, surgiu a necessidade de conceber uma teoria suficiente para a superação do positivismo.<sup>53</sup> A nova dogmática desenvolvida foi a que o princípio da dignidade humana figurasse como o valor jurídico supremo, sendo fonte do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional Democrático.

O Ser humano foi colocado com a peça central do direito. Assim, o

---

<sup>52</sup> FERREIRA MENDES, GUSTAVO GONET BRANCO, Gilmar, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. [S. l.]: Saraiva, 2017.

<sup>53</sup> Uma importante observação é da contribuição do sistema neokantista, como a dogmático que legitimou o direito interno alemão nazista. Principalmente na figura do advogado criminalista Edmund Mezger.

Estado existe para a pessoa e não o contrário.

Sustenta a que a dignidade da pessoa humana se transformou em um valor moral para ganhar um status de valor tipicamente jurídico, revestido de normatividade. Assim, a pessoa humana passa a ser o objetivo supremo da relação com o estado, este último que agirá sempre a favor do ser humano.

Francisco Fernández Segado, sobre a estipulação da dignidade aduz:

“Um freio radical frente a todo voluntarismo jurídico, uma quebra das bases mesmas do positivismo jurídico, uma resistência a qualquer cobertura formalmente democrática frente à arbitrariedade de uma maioria contrária aos mais elementares valores inerentes à pessoa humana e uma reafirmação de que a pessoa não é mero reflexo da ordenação jurídica”

O estado constitucional de direito, a jurisdição não se limitará a verificação da formalidade das leis, mas também o seu conteúdo material.<sup>54</sup>

Pois bem. Sobre o conceito da Dignidade da Pessoa Humana (NOVELINO, 2008, p. 248) tem-se que: “A dignidade em si, não é um direito fundamental, mas um atributo inerente a todo ser humano ou simplesmente um valor.”

Infere-se que todos os direitos fundamentais decorrem da exigência, cumprimento e promoção do respeito à dignidade da pessoa humana.

O Direito à saúde pública, corolário do direito à vida, é um direito fundamental decorrente do princípio supremo em análise. Ora, se o Estado Democrático de Direito se comprometeu a tutelar e promover os mencionados direitos respeitando o ser humano. A saúde, não pode, de maneira alguma, ser ignorada. Mas pelo contrário, os esforços positivos do Estado devem resguardar a saúde de todos os seres humanos.

Frisa que o Estado apesar de atuar da forma positiva, tem problemas graves na execução das políticas públicas para tutelar esse direito. O Programa SUS, muitas vezes, não corresponde de maneira satisfatória para o cidadão.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Essa situação é trabalhada no garantismo penal.

<sup>55</sup> “. As filas de espera são o maior motivo de insatisfação dos usuários do SUS (Sistema Único de Saúde), segundo pesquisa de 2018, feita pelo Conselho Nacional de Medicina e pelo Datafolha. Para 30% dos participantes da pesquisa, esperas para o atendimento demoraram mais de 12 meses.

Outrossim, com o advento da pandemia do novo coronavírus, a situação foi dramática. Os hospitais não conseguiram receber a demanda necessária de pacientes- nem na situação de normalidade isso era possível-.

Pontua que a atuação do Estado brasileiro, foi contrário ao estabelecido pela Organização Mundial da Saúde e da ciência principalmente, ou seja, o próprio Estado Democrático de Direito agiu, muitas vezes de maneira positiva, contra a tutela do direito à saúde pública. Financiando a aquisição de remédios sem eficácia ou, postergando a aquisição de vacinas e sendo contrário ao isolamento social. Assunto que será abordado detalhadamente posteriormente no trabalho.

---

Link para matéria: <https://pp.nexojornal.com.br/perguntas-que-a-ciencia-ja-respondeu/2021/5-pontos-sobre-as-filas-de-atendimento-no-SUS>

© 2022 | Todos os direitos deste material são reservados ao NEXO JORNAL LTDA., conforme a Lei nº 9.610/98. A sua publicação, redistribuição, transmissão e reescrita sem autorização prévia é proibida.’’

## CAPÍTULO III

### 3. INTRODUÇÃO AO SISTEMA GARANTISTA

No período pós-segunda-guerra aconteceu transformações grandiosas, políticas, econômicas, culturais dentre outras, marcada, precipuamente pelo dualismo contrapostos entre o bloco capitalista, liderado pelos Estados Unidos da América e o bloco Comunista Soviético, lidera pela extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

As políticas internas de cada país, inclusive o Brasil, sofreram mudanças. Na Itália, não foi diferente, as décadas entre 1960 à 1980, denominada de “anos de chumbo” foi especialmente tensas. Onde a força prevalecia, o medo, por muitas vezes, ocasião em que existiam distintos grupos armadas contra o Estado, e esse último, reprimia os terroristas com todas as suas forças, rigorosamente. Uma prisão preventiva aplicada nessa época, por exemplo, poderia durar mais de 10 (dez) anos.

Entrementes, surge a figura de Luigi Ferrajoli, um teórico jurista Italiano, introdutor do Garantismo Penal, a qual contribuiu de maneira crucial para, dentro das estruturas penais, recheiar a dogmática penal de legitimidade, cujo essa estava sendo ignorada, não à dogmática, mas a racionalização inerente a ela.

O Final da década de 1980 foi lembrado pelos avanços das democracias pelo mundo, e por meio dos ideais de viés democrático, o garantismo conseguiu avançar para outros estados, chegando no Brasil.

A constituição conferiu uma gama de direitos fundamentais. As normas inferiores jamais poderão contrariar essas, então, o legislador infraconstitucional não poderá proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o alicerce basilar do direito que é a constituição determinar o contrário. A carta política cidadã, além de organizar o

plano político, ao conferir os mencionados direitos, protege os cidadãos pertencentes ao estado brasileiro.

Mediante isso, concebendo a validade e eficácia da constituição, o garantismo encontrou terreno fértil, pertinentes são as lições de Rogério Greco:

Nesse sentido, Ferrajoli aduz que o “garantismo – entendido no sentido do Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”, e distingue as garantias em duas grandes classes: “as garantias primárias e as secundárias. As garantias primárias são os limites e vínculos normativos – ou seja, as proibições e obrigações, formais e substanciais – impostos, na tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder. As garantias secundárias são as diversas formas de reparação – a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos – subsequentes às violações das garantias primárias<sup>56</sup>

### 3. 1 AXIOMAS GARANTISTAS E LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

A partir da constatação da crise de legitimidade que o Direito Penal pátrio vem enfrentando, em que existe um abismo entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais e o direito material e processual penal aplicados no Brasil, o garantismo, nos moldes originais de Ferrajoli, surge para fornecer uma argumentação baseada em princípios que servem de supedâneo para criar uma corrente dogmática e garantir a conciliação entre esses. Que deveria existir desde a promulgação da carta cidadã de 1988.

Como explanado anteriormente, Ferrajoli partiu, para criar a sua teoria, da observação de uma crise entre o poder público e as garantias individuais. A obra em qual o garantismo é trabalhado pelo autor, chama-se *Direito e razão: teoria do garantismo penal*.

A base do garantismo pauta-se dos teóricos contratualista, outrora abordado no presente trabalho. A ideia central trazida desses, é a técnica de limitação do poder. O Direito penal surgiu para, na era dos regimes absolutistas,

---

<sup>56</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, Volume 2, Editora Impetus. 2017. Pag 42.

que não existiam nenhuma racionalização do poder punitivo do estado, este último seria limitado.

A separação entre o direito e a moral foi uma grande evolução no campo teórico das ciências humanas.

A razão no direito penal (PINHO 2006.) *“consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência do Direito e Estado”*<sup>57</sup>

Por conseguinte, a tutela dos mencionados direitos só poderá ser obtida a partir da minimização do exercício do poder, evitando a discricionariedade exagerada, mediante a adição de regras racionais para limitação e controle. Objetivando a organização sistemática de suas ideias. Tem-se a razão conceitos diferentes conforme o sentido adotado, quais sejam o epistemológico, axiológico e normativo.

### 3. 2. BASE EPISTEMOLÓGICA

Epistemológico é a *razão* proveniente de decisões judiciais devidamente fundamentadas no caso concreto, evitando abstrações. O Garantismo tem como escopo o estabelecimento de limites cristalinos dirigidos aos ao juiz e legislador, pautando-se, sempre, na racionalidade.

Para o juiz, o limite é claro, ao vinculá-lo com a lei, tornou-se obrigatória as decisões pautadas em raciocínio jurídicos, trabalhando somente com condutas que violem regras penais. Suas concepções pessoais e principalmente morais não têm força para embasar decisões.

Na esfera legislativa, a carga de racionalidade deve estar presente no momento da formulação das normas penais incriminadoras, devendo o legislador prezar pela taxatividade, cuidando para não criar leis imprecisas, vagas e controvertidas, ferindo o princípio da legalidade. A lei deve ser clara e

---

<sup>57</sup> BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia. **Direito Penal:** e Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 129 p.

contemplar apenas fatos e não pessoas, devendo buscar a proteção do bem jurídico penal.

### **3.3. BASE AXIOLÓGICA**

Axiológico é a *razão* fundada nas decisões éticas e políticas, uma justificação do direito penal. É a própria política criminal que busca estabelecer uma fundamentação externa.

Desta forma. Como o direito penal é um poder que merece uma especial atenção, na medida que afeta diretamente o segundo maior bem jurídico, a liberdade. Em alguns sistemas alienígenas, afeta até mesmo essa última.

Ademais, quanto maior for o custo da justiça, maior será o da injustiça. Ou seja, pela discricionariedade que o legislador tem, de criar figuras delitivas que proíbe determinados comportamentos. Maior será o da injustiça –pessoas inocentes recebendo condenações em seu desfavor-. Observa ainda, o aumento das cifras negras, que é um conceito criminológico relativo aos crimes, que ocorrem, mas não são denunciados.

Outrossim, a legitimação externa do direito penal significa a justificação, que pode ter natureza política, filosófica e sociológica. Enquanto, a legitimação interna, por sua vez, corresponde a própria fundamentação do direito penal em cada estado.

### **3.4 BASE NORMATIVA**

Normativo é a *razão* que designa a validade e coerência de cada sistema penal interno, grande parte da dogmática reside aqui. Esse é o ponto que celebra a legitimação interna do direito penal.

Nesse sentido, a legitimação interna pressupõe uma coerência lógica entre o ordenamento jurídico e suas leis penais. Busca-se a harmonia.

Noutro giro, tem-se duas terias distintas que buscam cumprir a explicação da legitimação interna. Substancialismo jurídico e formalismo ético. A primeira procura justificar a validade do sistema jurídico com base em elementos fora dele, ou seja, utiliza critérios morais para legitimar internamente o direito penal, considerando certos valores de direito natural superiores ao direito positivos. Enquanto o segundo, privilegia um positivismo clássico, pautado no conceito formal de justiça.

Ao subordinar a validade interna do sistema a questões de ordem moral, favorece o surgimento de um direito penal autoritário, no qual se pune o sujeito não pelo que fez, mas pelo que é. O Estado, com base em concepções morais, acha-se legitimado para punir condutas pecaminosas. Por consequência é importante distinguir o direito da moral.

### **3.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Estudada as bases normativa, axiológica e epistemológica da razão, presente no garantismo penal. Agora, indaga-se. Como o direito penal brasileiro é, perante a constituição federal, legitimado.

Pois bem. Sabe-se que o Código Penal Brasileiro se data da época de 1940. Em plena era Vargas, na vigência do Estado Novo. O viés democrático presente nesse estado, era no mínimo questionável. Era uma ditadura de cunho fascistas, baseado na doutrina italiana. Isso é importante não olvidar, vez que, a carta cidadão promulgada posteriormente, como estudará no presente trabalho, deverá ser observada para que, o próprio código seja legitimado.<sup>58</sup>

Por ora, antes de adentrar-se nesse assunto. Infere-se a necessidade da apresentação de dois conceitos, de extrema importância. Trata-se da normatividade e efetividade. O primeiro é as normas e princípios cravados na Constituição Federal. Enquanto o segundo é a aplicação fáticas dos mesmos.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Oportunamente cabe lembrar que o Código Penal Brasileiro é, praticamente, uma cópia fiel do Código Rocco, de caráter propriamente fascista.

<sup>59</sup> FERRAJOLI. 2000, P.698.

Vislumbra-se um hiato entre os postulados constitucionais e a aplicação deles, e até uma certa permissividade de todos os poderes e cidadãos que vivem no Estado Brasileiro.

O Princípio da proporcionalidade servirá como um guia para explicar a realidade fática brasileira. Onde a Constituição Federal, lamentavelmente parece distante. Um conjunto de regras propostos em um Estado sonhado, que não contempla a realidade brasileira.

Sobre o mencionado princípio. Beccaria argumenta que *“para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.”*<sup>60</sup>

Alberto Silva Franco aduz:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)

Assim, extrai-se que no plano abstrato, deve o legislador buscar de maneira objetiva, vislumbrar a proporcionalidade. Pela primeira vista, esta não é uma tarefa fácil, em virtude das inúmeras infrações contidas no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro pensamento, remonta-se a ideia de, para encontrar a proporcionalidade perfeita, a maneira correta seria retribuir o mal causado pelo infrator. Usando-se a lei de talião. Contudo, é importante ressaltar que, caso realize uma atrocidade abstrata. O Legislador ofenderá outro princípio, cujo é o

---

<sup>60</sup> Dos delitos e das penas, de autoria do Marquês de Beccaria, cuja primeira edição veio a lume em 1764. Em seu § XLII

pilar central de todo o pensamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana. (inciso III do art. 1º da CF).

É verdade que o presente princípio não é previsto expressamente na constituição brasileira, mas ele é legitimado constitucionalmente na medida que deriva de outro princípio, a individualização da pena.

Rogério Greco (2017, pg. 156) ensina que:

Com a individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo, mesmo que, como já dissemos, não seja um mecanismo de verificação tão simples.

De outro modo, o presente princípio não pode ser visto de uma forma unilateral. Atingindo somente os delitos cujo a pena extrapola a reprimenda, ou seja, delitos que protegem bens jurídicos ínfimos e tenham penas altas. Mas, por outro lado, necessita de penas proporcionais aos delitos que protegem bens jurídicos de suma importância, e tenha pena baixa.

O nosso código pátrio é recheado dessas antinomias, a simples leitura de alguns preceitos secundários, salta aos olhos a importância desmedida que se confere ao patrimônio privado em detrimento da pessoa.

Ana Cláudia Bastos de Pinho (2006 pg. 35) exemplificou essa deformidade:

Apenas para exemplificar, se alguém produz no semelhante uma lesão corporal grave (Imobilidade permanente dos dedos, por exemplo), a sanção correspondente será de 1 a 5 anos de reclusão: mas, se alguém, com a ajuda de outra pessoa, furta um objeto do interior de uma residência, sem causar qualquer dano à integridade física de quem quer que seja, sua pena poderá variar entre 2 e 8 anos de reclusão. E mais: se alguém, manuseando imprudentemente uma arma de fogo, vem a atingir uma pessoa deixando-a tetraplégica para o resto de seus dias, a pena poderá variar entre 2 meses a 1 ano: mas bastará alguém adquirir um objeto que sabe ser produto de furto, que a sanção atinge o limite de 1 a 4 anos de reclusão.

E notório a importância concedida ao patrimônio privado, em detrimento de outros bens jurídicos. Típico de uma sociedade pautada no conservadorismo predominante na década de quarente. É indubitável a

importância da proteção do patrimônio privado, de atos injustos. Contudo, ele, jamais poderá receber uma tutela maior que o outro bem essencial que é a vida.

É estranho a insistência e permissividade que o Estado brasileiro tem com esse diploma repressivo, que é cerceado de discrepância. Uma contradição de uma lei infraconstitucional com o conteúdo material da constituição, que, de modo algum, pode persistir, entretanto, persisti.

### **3.6. GARANTISMO INTERVENCIONISTA? O POSITIVISMO CRÍTICO.**

Entrementes ao conceito de normatividade e efetividade. Vislumbra-se a necessidade da explanação a respeito da vigência e eficácia. A primeira pressupõe a correção formal da lei (procedimental); a segunda a legitimidade da lei, ou seja, sua compatibilidade com as regras constitucionais, pautando-se nos direitos fundamentais.

Infere-se a observância das duas regras supramencionados, nos estados contemplados pelo Estado Democrático de Direito. De outro modo, para uma lei conferir a sua validade de pleno direito, deve-se pautar das formalidades legais, criada pelo legislativo e respeitada as regras dispostas no regimento interno de cada casa. Após a sua aprovação, o conteúdo da mesma deverá se revestir de legitimidade, ou seja, a norma promulgada deverá no seu corpo, revestir dos princípios constitucionais emanados da Constituição Federal.

O papel do judiciário, especialmente do juiz. É de supra importância. Caba a ele primordialmente ser o defensor da constituição, precisamente, com o núcleo fundante dos direitos individuais e sociais. Desse modo, ao visualizar uma norma incongruente, o magistrado deverá denuncia-la, evidenciando a sua imprestabilidade.<sup>61</sup>

Com efeito, o autor em estudo introduziu outros conceitos, de modo a evidenciar o papel do juiz no cenário das democracias constitucionais. O positivismo dogmático e o positivismo crítico.

---

<sup>61</sup> FERRAJOLI, 2001<sup>a</sup>, p.26.

Ferrajoli chama de positivismo dogmático " toda orientação teórica que ignora o conceito de vigência das normas como categoria independente das de validade e efetividade. Enquanto o positivismo crítico, entendido como a crítica do direito positivo, reflete-se "no modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista e põe em questão dois dogmas do positivismo dogmático: A fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação com o direito positivo vigente.<sup>62</sup>

Contudo, na prática, não tem como diferenciar a lei vigente da lei válida. Ou seja, a observância do processo de promulgação da lei seria suficiente para garantir a legitimidade dela. Aliás, essas foram redigidas pelos nossos representantes democráticos.

Com efeito, parece as teorias formuladas por Kelsen, que afirmava a legitimidade da lei perante, somente, ao processo legítimo de promulgação do mesmo, do ponto de vista formal, sem observar o conteúdo material, ou seja, basta a determinada lei, mediante a observância formal para sua aprovação, obter um número determinado de votos pelo legislativo e passar para a promulgação do executivo, que para ela incidiria a vigência e validade. Não importando o seu texto normativo. Uma lei aprovada que privatizaria todo o sistema de saúde público, seria vigente e válida, por exemplo.

Contudo, em um Estado democrático de Direito, as leis ordinárias não preveem sobre os direitos fundamentais. Cabendo a Constituição federal disciplinar essa matéria. Nesse ponto reside a dificuldade imposta ao juiz garantista que é compreender o emaranhado de valores fundamentais, fazer uma comparação para verificar a materialidade consonante da lei inferior em face da constituição. Se, após esse primeiro processo, o magistrado identificar a compatibilidade da lei inferior ao conteúdo material da constituição, poderá aplicá-la. Doutro norte, se verificar a incompatibilidade, ele deverá denunciá-lo, deslegitimando a lei inferior.

---

<sup>62</sup> FERRAJOLI, 2001, Pgs.871/872.

Esse é o espírito do positivismo crítico, que difere do clássico. O juiz, antes de aplicar a lei, verificará os princípios constitucionais, de modo a não contrariar.

Observa a importância do juiz, na democracia garantista. Ressalta-se que ele está “preso” pelos princípios constitucionais vigentes, para motivar as suas decisões, bem como deixar de aplicar as leis com antinomia. Essa limitação protege a decisão baseada nos elementos pessoais de convicção interna da pessoa do juiz, estranhos ao processo, bem como pelo direito.

Por fim, o garantismo reconhece dois conceitos distintos de democracia, a formal e substancial. A primeira refere-se as regras procedimentais, de quem e como decidir. Regras processuais. A segunda disciplina as questões que não pode decidir e, não deixar de decidir. São as questões de direito material constitucional, direitos fundamentais.<sup>63</sup>

Esse é o caráter democrático da função judicial, Ana Cláudia Bastos de Pinho (2006 pg. 79) disserta sobre o tema:

Por óbvio, não se tem a ingenuidade de acreditar que o juiz, como ser humano que é, não possui valores próprios. Não só possui, como é, de certo, por eles orientado. Mas isso não está em jogo. O que o garantismo chama de equidistância ou imparcialidade (terzietà) é, tão-somente, o afastamento do juiz em relação às partes do processo. É o quanto basta. A prestação de contas da decisão que tornar virá por meio da motivação, que servirá, assim, como o componente democrático da função jurisdicional, pois a parte interessada (a sociedade, de um modo geral) poderá conhecer as razões que fundamentaram o julgado e avaliar se estão condizentes com o sistema de valores insculpidos no texto constitucional.

E, quando se fala em caráter democrático da função judicial, está-se, por óbvio, referindo à democracia substancial. É preciso ver que o juiz não decide para uma maioria, mas para todo e qualquer cidadão. Nesse sentido, se tiver que absolver alguém por falta de provas, por exemplo, fará, ainda que a maioria assim não o deseje; da mesma forma, se tiver que condenar, porque, em sua tarefa cognoscitiva, decidiu ser esse o caminho, também deverá fazê-lo, mesmo contrariando uma suposta maioria.

Infere-se que o positivismo e o garantismo relaciona-se na essência. Importante mencionar a observação contida no início do trabalho. Ressaltando que nenhuma escola dogmática penal é superada totalmente. O Positivismo

---

<sup>63</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 864.

clássico é o princípio basilar do casualismo, e foi muito importante para estabelecer uma limitação do poder estatal em relação aos particulares.

Ora, caso o estado pudesse agir com discricionariedade ampla, sem observar qualquer preceito normativo, acarretaria uma tirania e abstrações. Diminuindo o garantismo e elevando-se consideravelmente a opressão e injustiça. A democracia restaria prejudicada.

### **3.7. A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PAUTADAS PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

No corpo do texto supramencionado, indaga-se acerca do princípio da proporcionalidade e, como esse na prática, na vigência do diploma penal, vem sendo aplicado incorretamente. Então surge o questionamento pertinente, como se dá a proteção dos bem jurídicos fundamentada nesse princípio.

Para usar a linha de raciocínio de Ferrajoli, tem-se que, antes de avaliar como castigar deve-se saber o que proibir. Isto posto, para o referido autor, a pena deve ser proporcional à gravidade do delito perpetrado pelo condenado.

A indagação surge a respeito de como definir se um crime é grave. Existem dois polos, um subjetivo e o outro objetivo, para auferir a gravidade é necessário analisar por esses dois.

(PINHO, 2006, página 107) escreve que:

Se a pena deve ser proporcional à gravidade do delito praticado, pergunta-se: como saber se um delito é grave? Segundo Ferrajoli, há duas orientações que, equitativamente, devem ser observadas para aferir a gravidade de um crime: a entidade do dano causado pela conduta desviada (orientação objetivista) e o grau da culpabilidade (orientação subjetivista).

Essas bases que servirão como balizas para o legislador, surge da necessidade do estabelecimento de um critério lógico-racional. Buscando afastar o utilitarismo da pena, vez que essa não poderá nortear a aplicação da pena, eis que se busca somente os destinatários da segurança pública e, os direitos e garantias individuais poderiam facilmente ser violados por essa.

Outra necessidade é afastar a retribuição em sua pura essencial nos moldes da lei de Talião. Primeiro, pela inaplicabilidade prática, ora, as variações de delitos são gigantes e, responder no modo de aplicação dele é inviável. Segundo, o penalismo humanitário restaria deslegitimado, pois o Estado poderia retirar bem jurídicos essenciais, como a vida.

### **3.8 PANDEMIAS HISTÓRICAS**

#### **3.8.1 PESTE BUBÔNICA**

A referida doença é causada por uma bactéria denominada *Yersinia Pestis* e, pelos sintomas da doença, pode causar inchaços dos gânglios linfáticos na virilha, na axila ou no pescoço, febres, calafrios, dor de cabeça, fadiga e dores musculares.

Essa é a doença denominada de peste negra, que assolou profundamente a sociedade feudal europeia. Matando entre 75 milhões e 200 milhões de pessoas na região da rota da seda, ou proximidades. No total, crê-se no número de 450 milhões de mortos.

Sabe-se que as sociedades dessa época viviam em um estado religioso, não havia distinção. A religião exercia um controle fundante nos feudos e reinos.

A igreja católica era poderosa e determinava o seguimento de alguns dogmas pelos fieis. A ciência era desprezada. Os detentores do poder estatal, visando até mesmo o controle, conjuravam contra todas as modalidades de ciências que não incluíam a religião.

Tem-se uma situação que exemplifica os comportamentos das autoridades que viviam nessa época. Galileu Galilei foi um cientista italiano que introduziu, na sua época, uma teoria a respeito do heliocentrismo. Contudo, a oposição religiosa era evidente, vide os salmos 93:1, 96:10. Com efeito, o Salmo 104:5 diz: "Ele (o Senhor) lançou os fundamentos da terra, para que não se movesse para sempre". Além disso, Eclesiastes 1:5 declara: "O sol

também nasce, e o sol se põe, e corre para o seu lugar onde nasce", e Josué 10:14 afirma: "Sol, fique parado em Gibeão ...".<sup>64</sup>

Galileu defendeu o heliocentrismo pautado em suas observações astronômicas. A Igreja, por intermédio do papa Paulo V, usou-se da sua força e o obrigou a “*desmentir*” suas descobertas. Afirmando publicamente.

Noutro giro, com o avanço da doença pela sociedade europeia. Pela descrença e impotência que a igreja apresentava diante do impasse. Surgiu os iluministas que separaram o Estado da religião. Introduziu o livre pensamento e introduziram outros diversos princípios influenciando e instigando as pesquisas científicas.

A biológica sofreu uma forte influência positiva nas décadas seguintes. De modo que afetou todos os campos teóricos existentes nesse período. A instigação era tamanha que, tudo aquilo que não pudesse se encaixar nas regras das ciências naturais, não era científico, e não mereceria respaldo nenhum. Dessa forma, surgiu o causalismo, com as suas regras duras e mecanicistas.

### 3.8.2. VARÍOLA

Sobre o presente tópico, a revista Galileu traz o tema de maneira suscinta e objetiva:

A doença atormentou a humanidade por mais de 3 mil anos. O faraó egípcio Ramsés II, a rainha Maria II da Inglaterra e o rei Luís XV da França tiveram a temida “bixiga”. O vírus *Orthopoxvirus variolae* era transmitido de pessoa para pessoa, por meio das vias respiratórias. Os sintomas eram febre, seguida de erupções na garganta, na boca e no rosto. Felizmente, a varíola foi erradicada do planeta em 1980, após campanha de vacinação em massa.

Indubitável a importância de uma campanha séria e concisa de vacinação, a qual erradicou uma doença que perdurou por 3 mil anos.

---

<sup>64</sup> Brodrick 1965, p. 95.

### 3.8.3. CÓLERA

A primeira epidemia global surgiu no século XVII. Não existe uma projeção da quantidade de pessoas acometidas por essa fatalidade. Ela ainda não foi erradicada, mas te tratamentos à base de antibióticos. A vacina não é 100 % eficaz.

Ela é causada pela bactéria *vibrio cholerae*. Sua transmissão vem a partir do consumo de águas e alimentos contaminados.<sup>65</sup>

### 3.8.4. GRIPE ESPANHOLA

Data-se no início do século XX, após o acontecimento da 1ª guerra mundial. Essa doença é causada por um vírus da subespécie da influenza. Chegou no Brasil, a bordo do navio Demerara, que veio da Europa.

A enfermidade levou a óbito mais de 50 (cinquenta) milhões de pessoas.

Não se sabe exatamente de onde a moléstia surgiu. E não, ela não veio da Espanha. Recebeu esse nome em virtude da ampla divulgação na imprensa espanhola, visto que a mesma não estava envolvida nos conflitos armadas da primeira guerra.

O sintoma dessa doença era idêntico ao do novo coronavírus, quais sejam, febre, dor no corpo, coriza e tosse. Nos casos graves, os pacientes apresentavam problemas respiratórios.

Os médicos da época, não conseguiam explicar o evento, visto que os microscópicos da era não tinham capacidade de enxergar o vírus causador da gripe espanhola. Os microscópios conseguiam observar apenas bactérias, micro-organismos maiores que um vírus.

---

<sup>65</sup> Letícia Rodrigues. **Conheça as 5 maiores pandemias da história**

O coronavírus não é o primeiro causador de uma pandemia. Relembre outras doenças que mudaram os rumos da história da humanidade Revista Galileu. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html>. Acessado aos 26.03.2022 às 16: 37.

A prevenção foi utilizada contra a disseminação do vírus. Em alguns lugares, como a Filadélfia. Essa foi ignorada e o resultado foi catastrófico.

O Site jornalístico BBC Brasil narra a situação:

Ao marcar os cem anos da pandemia, em 2018, o CDC (Centros de Controle e Prevenção de Doenças, agência de pesquisa em saúde pública ligada ao Departamento de Saúde) comparou a resposta da Filadélfia à da cidade de St. Louis, onde as autoridades locais foram rápidas ao cancelar a realização de desfiles e implementar medidas de distanciamento social. Segundo o CDC, graças a essas medidas, o número de mortos em St. Louis não passou de 700 em um mês — na Filadélfia, mais de 10 mil morreram no mesmo período.

"Esse exemplo fatal mostra os benefícios de cancelar eventos com aglomeração de pessoas e adotar o distanciamento social durante pandemias", diz o CDC.

Especialistas afirmam que o caso da Filadélfia serve de alerta para as autoridades que enfrentam a pandemia atual.

"Mostra como é importante dizer a verdade à população e seguir as recomendações dos profissionais médicos", diz à BBC News Brasil o historiador John Barry, autor do livro *The Great Influenza: The Epic Story of the Deadliest Plague in History* (A Grande Gripe: A História Épica da Praga Mais Mortal da História, em tradução livre).

"Nenhuma das duas coisas ocorreu na Filadélfia, nem na maior parte dos Estados Unidos, em 1918", ressalta Barry, que é professor da Universidade Tulane, em Nova Orleans (BBC BRASIL).<sup>66</sup>

Aos 28.07.1918, quando a doença circulava em território norte americano. Organizaram um desfile na cidade da Filadélfia, com a participação de 200 mil pessoas. O maior desfile realizado. Mesmo com os alertas sobre a doença e recomendação de isolamento. Aliás, a imprensa local criticou as medidas de distanciamento social, afirmando que causaria pânico e que se tratava apenas de uma gripe- algo semelhante aos dias atuais-.

Grande parte dos médicos deslocaram para auxiliar os enfermos decorrentes da primeira guerra, nesse ínterim, milhares de pessoas morreram dias após a realização do desfile, na cidade. Os leitos de hospitais esgotaram-se e foram convocados 3 mil freiras e seminaristas para ajudar, em hospitais improvisados. O resultado não poderia ser diferente.

---

<sup>66</sup> Alessandra Côrrea de Wiston-Salem. **BBC News Brasil**. O Trágico Exemplo da Filadélfia, onde desfile de rua causou milhares de mortes pela gripe espanhola, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51966427> Acessado em 26/03/2022 às 16:24

O Presidente da República Federativa do Brasil, Rodrigo Alves, faleceu em consequência da doença

É espantoso analisar a história desse acontecimento e estabelecer um paralelo com o surto pandêmico atual. Apesar da crescente informação e das diferenças sociais desses períodos. Nada mudou. Os discursos repetiram novamente, então, parece que nenhuma lição foi aprendida, dos milhares de cadáveres dessa época.

### 3.8.5. NOVO CORONAVÍRUS

Aos 31 de dezembro de 2019, a OMS foi alertada a respeito de vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, localizada na República Popular da China. Cuidava-se de uma cepa do coronavírus, algo inusitado em humanos.

Em 11 de fevereiro, realizado o estudo pela OMS e autoridades chinesas, tem-se a descoberta do novo vírus, que foi batizado de SARS-CoV-2.

Aos 30.01.2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública.

Em 11.03.2020, a COVID 19 tornou-se uma pandemia. Ressalta-se que o termo pandemia refere-se à distribuição geográfica de uma doença, ou seja, existem surtos da referida doença em vários países do globo terrestre.

A doença “chegou” no Brasil na quarta-feira 26.02.2020. O homem de 61 anos deu entrada no Hospital Israelita Albert Einstein, com histórico de viagem para Itália, região da Lombardia. A primeira morte, aos 12.03.2020. A Vítima é uma mulher de 57 anos, de São Paulo.<sup>67</sup>

O presidente da República Federativa do Brasil, chefe do executivo, eleito democraticamente nas eleições gerais em 2018, durante os primórdios da pandemia, surpreendeu boa parte da população brasileira. Ao

---

<sup>67</sup> **Primeira morte por coronavírus no Brasil aconteceu em 12 de março, diz Ministério da Saúde**  
Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/27/primeira-morte-por-coronavirus-no-brasil-aconteceu-em-12-de-marco-diz-ministerio-da-saude.ghtml>. Acessado aos 26.03.2022

preferir discursos que contrariam as recomendações dos cientistas, especialista em infectologia e a própria OMS.

#### OUTRAS GRIPES MATARAM MAIS (11.MAR)

“Vou ligar para o [então ministro da Saúde, Luiz Henrique] Mandetta. Eu não sou médico, não sou infectologista. O que eu ouvi até o momento [é que] outras gripes mataram mais do que esta”

\*Durante entrevista em frente ao Palácio da Alvorada.

#### ENTRAR NUMA NEUROSE (15.MAR)

“ Muitos pegarão isso independente dos cuidados que tomem. Isso vai acontecer mais cedo ou mais tarde. Devemos respeitar, tomar as medidas sanitárias cabíveis, mas não podemos entrar numa neurose, como se fosse o fim do mundo. ”

\*Quando deu entrevista à CNN Brasil, no dia em que saiu às ruas em protestos contra o Congresso.

#### NÃO É TUDO ISSO QUE DIZEM (16.MAR)

“Foi surpreendente o que aconteceu na rua. Até com esse superdimensionamento. Tudo bem que vai ter problema. Via ter. Quem é idoso e está com problema ou deficiência. Mas não é isso tudo que dizem. Até que na China já está praticamente acabando”

\*Um dia depois dos protestos, em entrevista em frente ao Palácio da Alvorada.<sup>68</sup>

#### **Gripezinha"**

Alguns dias depois, em um pronunciamento veiculado na televisão, no dia 24 de março, quando o país já registrava mais de 10 mortes pelo vírus, o presidente criticou o fechamento de escolas e comércios. Ele ainda comparou a contaminação por coronavírus a uma "gripezinha" ou "resfriadinho" e disse que, se ficasse doente, não sofreria.

"Pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar, nada sentiria ou seria acometido, quando muito, de uma gripezinha ou resfriadinho, como bem disse aquele conhecido médico, daquela conhecida televisão", afirmou.

Brasileiros de ao menos seis capitais protestaram com painéis no dia desta polêmica frase na televisão e nos dias seguintes.

#### **"Vamos todos morrer um dia"**

Bolsonaro se posiciona contra o isolamento social e dizia, nos primeiros meses da pandemia, que era preciso isolar apenas pessoas de saúde frágil.

No final de março, após um passeio que provocou aglomeração, o presidente disse: "Essa é uma realidade, o vírus tá aí. Vamos ter que enfrentá-lo, mas enfrentar como homem, porra. Não como um moleque. Vamos enfrentar o vírus com a realidade. É a vida. Tomos nós iremos morrer um dia."

#### **"E daí?"**

<sup>68</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/relembre-o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-a-pandemia-de-gripezinha-e-pais-de-maricas-a-frescura-e-mimimi.shtml>

No final de abril, o presidente foi perguntado por um repórter o que ele tinha a dizer sobre o recorde diário de mortes notificadas naquele dia. Ao que o presidente respondeu:

"E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre", disse, em referência ao seu nome, Jair Messias Bolsonaro.

Em seguida, o presidente perguntou se alguém gravava a entrevista ao vivo. Quando soube que sim, se direcionou a essa pessoa e disse que lamentava as mortes. "Lamento a situação que nós atravessamos com o vírus. Nos solidarizamos com as famílias que perderam seus entes queridos, que a grande parte eram pessoas idosas. Mas é a vida. Amanhã vou eu", disse ele.

### **"Cobre do seu governador"**

No dia 10 de junho, enquanto conversava com apoiadores em frente ao Palácio da Alvorada, Bolsonaro mandou uma mulher que o questionava sobre o número de brasileiros mortos pela pandemia de covid-19 "cobrar do seu governador".

Dois dias, pelo Twitter, ele havia dito: "lembro à Nação que, por decisão do STF, as ações de combate à pandemia (fechamento do comércio e quarentena, p.ex.) ficaram sob total responsabilidade dos Governadores e dos Prefeitos".

### **"Não precisa entrar em pânico"**

Nesta terça, ao confirmar que contraiu covid-19, o presidente afirmou que sente "mal-estar, cansaço, um pouco de dor muscular".

"Quanto a repouso, isso é particular meu. Eu não sei ficar parado. Vou ficar despachando por vídeo conferência", afirmou o presidente, que diz estar se sentindo "impaciente". "Eu estou impaciente, mas vou seguir os protocolos. O cuidado mais importante é com seus entes queridos, os mais idosos. os outros também, mas não precisa entrar em pânico. A vida continua", afirmou.<sup>69</sup>

A presidência da República é o mais alto cargo do executivo, encarregado de instituir políticas públicas e dar o cumprimento fiel as leis. Contudo, antes de assumir, implica o respeito para com a Constituição Federal. Tanto é, que o executivo antes mesmo de cumprir um determinado dispositivo constitucional, poderá, pelo veto presidencial, por exemplo, declarar uma lei inconstitucional.

A constituição é o parâmetro para todos os poderes do Estado Democrático de Direito. O Estado deverá preservar a dignidade humana, outrora estudado no trabalho. À saúde é defluência do direito à vida, indubitável. O

---

<sup>69</sup> <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53327880>

Estado poderá, de maneira positiva, atentar para tutela e promoção dos direitos fundamentais.

Todas essas questões supracitadas arguidas, vão contra o pronunciamento, muitos destes realizados em televisão e rádios, para toda a população brasileira.

Sobre essas incongruências, desde março de 2020, o Centro de Pesquisas e Estudos de Direito Sanitário (CEPEDISA) da Faculdade de Saúde Pública (FSP) da Universidade de São Paulo (USP) e a Conectas Direitos Humanos, organização de justiça da América Latina, se dedicam a estudar normas federais e estaduais relativas ao novo coronavírus, produzindo um boletim chamado Direitos na Pandemia – Mapeamento e Análise das Normas Jurídicas de Resposta à Covid-19 no Brasil.<sup>70</sup>

A pesquisa constatou uma estratégia institucional de propagação do vírus, promovida pelo Governo Brasileiro sob a liderança da Presidência da República”.

A linha do tempo é composta por três eixos apresentados em ordem cronológica, de março de 2020 aos primeiros 16 dias de janeiro de 2021: 1) atos normativos da União, incluindo a edição de normas por autoridades e órgãos federais e vetos presidenciais; 2) atos de obstrução às respostas dos governos estaduais e municipais à pandemia; e 3) propaganda contra a saúde pública, definida como “o discurso político que mobiliza argumentos econômicos, ideológicos e morais, além de notícias falsas e informações técnicas sem comprovação científica, com o propósito de desacreditar as autoridades sanitárias, enfraquecer a adesão popular a recomendações de saúde baseadas em evidências científicas, e promover o ativismo político contra as medidas de saúde pública necessárias para conter o avanço da covid-19”

A análise mostra que “a maioria das mortes seriam evitadas, mediante uma estratégia coerente da doença, o que constitui uma violação sem precedentes do direito à vida e do direito à saúde dos brasileiros”. “Sem que os gestores envolvidos sejam responsabilizados, ainda que instituições como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União tenham, inúmeras

---

<sup>70</sup> Pesquisa coordenada por Deisy Ventura, jurista brasileira, doutora em saúde global e sustentabilidade da USP. Fernando Aith, professor titular do Departamento de Política, Gestão e Saúde da FSP e diretor do CEPEDISA/ USP, centro pioneiro de pesquisa sobre o direito da saúde no Brasil; Camila Lissa Asano, coordenadora de Programas da Conectas Direitos Humanos; e Rossana Rocha Reis, professora do departamento de Ciência Política e do Instituto de Relações Internacionais da USP.

vezes, apontado a inconformidade à ordem jurídica brasileira de condutas e de omissões conscientes e voluntárias de gestores federais”.

Também destacam “a urgência de discutir com profundidade a configuração de crimes contra a saúde pública, crimes de responsabilidade e crimes contra a humanidade durante a pandemia de covid-19 no Brasil”

As reiteradas falas do presidente a respeito do vírus, acabam diluindo no cotidiano do Brasileiro<sup>71</sup>, afinal, ele tem uma credibilidade, em razão do cargo democrático ocupado pelo mesmo. Com efeito, as estórias criadas por ele, é repetida muitas vezes, até tornar-se *verdade*. O espantoso é, que o Ministério Público Federal, no parecer oficial, acatou uma de suas teses.<sup>72</sup>

O Presidente da República ao aparecer em um evento público sem utilizar a máscara. Estimulando a aglomeração. A ministra do Supremo Tribunal federal abriu vistas dos autos para a Procuradoria-Geral da República, para manifestação.

A PGR foi favorável ao arquivamento dos autos que analisava a situação descrita acima. Este parecer foi assinado pela procuradora Lindôra Araújo. A provocação do processo foi feita pelo Partido dos Trabalhadores, nele, pedia que Bolsonaro fosse investigado pelos supostos crimes de infração de medida sanitária preventiva e emprego irregulares de verbas públicas.

No teor do parecer, a subprocurado Lindôra Araújo afirmou que, por mais que a OMS recomendasse o uso de máscara, havia incerteza sobre o grau de eficiência do equipamento. “Embora seja recomendável e prudente que se exija da população o uso de máscara de proteção facial, não há como considerar criminosa a conduta de quem descumpre o preceito”

Essa conduta não se reveste da gravidade própria de um crime, por não ser possível afirmar que, por si só, deixe realmente de impedir introdução ou propagação da COVID-19. Não é possível realizar testes rigorosos, que comprovem a medida exata da eficácia da máscara de

---

<sup>71</sup> **80% dos internados não tomaram vacina ou segunda dose, diz diretor do Emílio Ribas**

Em entrevista à CNN, diretor médico do hospital, Ralcyon Teixeira, conta que chegada da Ômicron aumentou número de casos de Covid-19, mas vacinados têm menor necessidade de atendimento médico Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/80-dos-internados-nao-tomaram-vacina-ou-segunda-dose-diz-diretor-do-emilio-ribas/>. Acessado em 26.3.2022. É importante não olvidar a política contra as vacinas difundidas pelo Presidente. Ele nem sequer vacinou contra a Covid-19.

<sup>72</sup> <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/01/parecer-da-pgr-que-minimizou-nao-uso-de-mascara-por-bolsonaro-gera-perplexidade-diz-rosa-weber.ghtml>

proteção como meio de prevenir a propagação do novo coronavírus, afirmou.

Ora, o principal periódico científico do mundo, um estudo publicado pela revista "science" atesta positivamente pelo uso da máscara. A perplexidade do parecer foi tamanha, que a ministra devolveu os autos para a elaboração do novo parecer.<sup>73</sup>

### **3.9 ROMANTISMO PENAL E O ATUAL PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

O romantismo penal é uma criação do penalista argentino, Eugênio Raúl Zaffaroni, que abarca a seguinte situação:

É muito chamativo que desde fins do século XIX se observe o lento crescimento de uma tônica intelectual da nostalgia, frustração, tédio, desprezo pelos valores burgueses, pelos princípios democráticos, pelos aspectos mais positivos do velho liberalismo, uma estendida apelação aos sentimentos, a invocação dos valores absolutos, a admiração pelo herói, uma criatividade libertária mesclada com demandas de condução autoritária. Quer dizer, o crescimento de um conjunto confuso de expressões que, no campo literário, plástico, arquitetônico, mostrava as ânsias de algo novo em um espaço que parecia vazio. A intelectualidade foi cavando um vácuo enorme, que ampliou a derrota e sua consequência na primeira pós-guerra, mas a crise do Estado-nação o aprofundou<sup>8</sup> ainda muito mais com a debilitação da república de Weimar

Talvez não haja uma expressão capaz de sintetizar tudo isto, que se gerava desde ainda antes da primeira guerra mundial. A falta de outra melhor, usaremos a palavra romantismo no mais amplo de todos os seus sentidos...

Verifica-se a aplicação desse conceito na sociedade brasileira, onde as soluções mágicas e simplistas invadem os noticiários, principalmente de cunho policial. O sentimento é instigado a revolta, gerando a raiva, diante da alta criminalidade presente, das violações aos bens jurídicos tutelados pelo estado.

A maioria das soluções simplistas, pauta-se no endurecimento das leis penais e aumento da letalidade pelos agentes de segurança pública. Contudo, a aplicação fática restaria prejudicada, vez que, na primeira situação. O endurecimento das leis geraria um constante encarceramento contínuo e aumento do poder estatal, um direito penal super abrangente que, conforme explanado, aumentaria as injustiças. Outrossim na segunda situação, o bem

<sup>73</sup> <https://oglobo.globo.com/saude/apos-bolsonaro-tirar-mascara-de-crianca-revista-science-publica-estudo-que-comprova-eficacia-do-epi-contracovid-25078339>

jurídico maior, a dignidade da pessoa humana, restaria ferido, pois o bem jurídico da vida, seria arrancado do seu titular.

Pois bem. Na saúde pública, o romantismo foi utilizado para, na tentativa do governo federal, incentivar um tratamento a partir de remédios sem eficácia comprovada. Que foi adotado por muitos cidadãos brasileiros, na esperança de encontrar uma forma fácil e barata no combate à Covid-19.

Esse sentimento de tédio frente aos princípios liberais burgueses, é notado no estado brasileiro. Principalmente entre as populações jovens, que adotam posições incompatíveis com a democracia, recorrendo a movimentos de ideologias intolerantes, difundidos, sem muitas restrições, pela rede mundial de computadores e, principalmente, pelos aplicativos de celulares e fóruns da internet.<sup>74</sup>

A recorrência ao herói salvador da pátria, ao messias, é uma realidade brasileira. Impelida pelas redes sociais, pelos noticiários, pelas soluções mágicas e simplistas. A democracia brasileira resta envenenada diante de tanta polarização.

A democracia é, em um conceito simples, o resultado da vontade da maioria, respeitado os direitos fundamentais, conforme o garantismo. Os representantes do legislativo e executivo são eleitos por votos populares, infere-se que no judiciário isso não ocorre, contudo existem maneiras do executivo e legislativo nomear desembargadores e ministros para o supremo tribunal federal.

Com efeito, a democracia é como se fosse um jogo. A parte vencedora governa e a perdedora vira oposição. Esse jogo é formado por regras, muitas vezes, não escrita. Como se fosse um jogo de futebol amador, as famosas *peladas*. Esses jogos pressupõem regras objetivas, próprias do futebol, entretanto, muitas vezes utilizam as regras informas e não escritas, por exemplo. O time que perder o par ou ímpar tira a camisa. Quando acusar uma falta, o jogo necessariamente para -em virtude da boa-fé dos jogadores-. E assim o jogo corre

---

<sup>74</sup> <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/01/16/grupos-neonazistas-crescem-270percent-no-brasil-em-3-anos-estudiosos-temem-que-presenca-online-transborde-para-ataques-violentos.ghtml>

normalmente, e é obvio que terá um time vencedor e outro perdedor. Mas as regras sempre são respeitadas, independente do resultado.

O jogo democrático funciona da mesma forma. Existem os limites legais que cada partido não pode ultrapassar, mas muitas vezes, as situações não são descritas no diploma legal. Nesse caso, a boa fé e respeito à democracia deve prevalecer. O opositor deverá reconhecer o seu rival como legitimado, e fazer uma oposição justa e saudável. No Brasil, parece que nunca aconteceu. Na democracia americana, funcionava outrora, desde a radicalização do partido republicano, contaminado pela extrema direita.<sup>75</sup>

Nesse sentido, não é viável acusar os adversários de traidores da pátria, ameaça à segurança interna, dentre outras acusações levianas difamatórias e caluniosas. O Jogo democrático não encontra respaldo em atitudes que viabilizam a instigação da eliminação da oposição, isso é tirânico.

A política não contempla inimigos, mas sim adversários. Reconhecer a oposição, caso perca, como detentora legítima do poder democrático. É, proteger a democracia e por consequência, os direitos fundamentais.

---

<sup>75</sup> ZIBLATT, LEVITSKY, Daniel, Steven. **Como as democracias morrem**. 1ª . ed. [S. l.]: Zahar, 2018.

## CONCLUSÃO

Encerra-se o trabalho desenvolvido nas páginas anteriores. Contudo a reflexão posta tem o escopo de iniciar outras argumentações críticas supervenientes. A complexa investigação, argumentações e críticas tem a finalidade de apontar o enorme problema, a lacuna posta entre o diploma repressivo, os direitos constitucionais e a atuação estatal.

Espera-se ter atingido a principal meta proposta, de verificar a proteção do bem jurídico, novo, mas de supra importância, que é a proteção do direito penal à saúde pública.

As inquietações que deram a origem a pesquisa surgiram da constatação da violação contínua da saúde pública, na pandemia da Covid\_19. Uma nova realidade introduzida ao Estado Brasileiro, que desnudou os erros que o sistema persistia em esconder.

Forçosamente é necessário que a proteção do bem jurídico essencial não é e está longe de ser satisfatória. Apesar da atuação positiva do Estado, essa não é suficiente para corrigir o problema.

Sobre a conceituação dos bens jurídicos, essas vieram acompanhadas das dogmáticas penais introduzidas no direito. As principais. E de certo modo, cada corrente penal tem o objetivo de organizar o sistema na proteção de bens jurídicos, embora algumas não admitam expressamente.

O Funcionalismo teleológico, pela pesquisa posta, é a que melhor atende o emaranhado de princípios provenientes da constituição da república. A linha de pensamento exposta pelo professor alemão Roxin, pauta-se na proteção dos bens jurídicos. Este que são escolhidos pelo legislador como merecedor de proteção estatal e o Estado, por sua vez, tem o dever de proteger. A missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos fundamentais.

Portanto é uma tarefa do Estado, garantir os direitos individuais indisponíveis, como à saúde pública, mas também garantir mecanismos para lograr êxitos na defesa desses direitos, instituições adequadas, e uma administração da justiça eficiente, um sistema de arrecadação para custear

essas instituições e políticas públicas eficientes.

Essa corrente dogmática busca punir as condutas, na medida em que um bem jurídico é afetado. O desvalor do resultado é preponderante ao resultado da pena.

A teoria finalista da ação, introduzida pelo Welzel, peca na medida em que, fortalece a ideia de desvalor da conduta, punindo o agente mais pelas atitudes internas, do que pelo resultado atingido com essa conduta. Os crimes tentados, por exemplo, recebem o mesmo tratamento do consumado. As estruturas lógicas reais que serviriam para fundamentar a corrente, não são tão eficientes quanto a proteção do bem jurídico. Busca-se colocar para o legislador realidades em que ele não poderia alterar, contudo, as garantias e direitos fundamentais não são contempladas por essa. Frisa-se que nosso código é finalista.

De volta para as teorias funcionalistas. Tem-se que o polêmico funcionalismo sistêmico seria ilegítimo para o modelo de estado democrático adotado no Brasil. Na medida em que pune o agente por ter só quebrado a norma, a criação de um super direito penal, que de certa forma serviria para encobrir a reais fonte da criminalidade, como a desigualdade, seria inevitável.

O neokantismo é uma dogmática perigosa, na medida que serviu com supedâneo para legitimar o regime nazista. O principal problema é a ausência de indicação de onde que os valores, que organizam as entidades do mundo, devem ser buscados. A geração de normas com valores abstratos e incompreensíveis poderiam gerar a repressão penal e ferir profundamente a democracia. A proteção de valores como da "família tradicional" e "cidadão de bem" receberiam tratamento na esfera penal e os infratores. Poderiam ser punidos.

O causalismo é um sistema mecanicista, pautadas em regras imutáveis fundadas na própria norma. Esse é o grande problema. Mesmo que as normas possuem conteúdos normativos que feririam certos direitos e garantias individuais, essa seriam aplicadas. Aqui, verifica-se somente o conteúdo formal da norma, se ela obedeceu estritamente às regras de promulgação pelo legislador e o conteúdo material, não poderá ser alcançado.

Noutro giro, tem-se que o conceito de saúde pública não é algo de simples constatação. Todavia, o conceito da OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948, que foi transformado no dia Mundial da Saúde, trouxe o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, dessa forma, o teor da carta diz que "Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade".

O STF, na busca de elucidar esse artigo constitucional de extrema relevância, interpretou os Arts. 5º, caput, e 196 da CF/88. no conflito entre os interesses financeiros dos entes federados e a proteção do direito à saúde/vida, entende-se que deve prevalecer, por uma questão ética e jurídica, somente uma possível solução que coaduna com a carta cidadã de 1988, privilegiar o direito à vida. Afinal é evidente que, no caso concreto, ambos bens jurídicos comparados, tem-se que o direito à vida tem um peso maior que as questões patrimoniais. A saúde pública é considerada um direito público subjetivo indisponível, assegurado a todos os cidadãos, traduz em bem jurídico constitucionalmente tutelado, a qual deverá encarregar-se da sua integridade, de maneira responsável pelo poder público, este que terá de introduzir, formular e complementar as políticas sociais e econômicas, que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Ou seja, o direito à saúde é uma defluência do direito à vida.

A aplicação do direito à saúde pública envolve uma relação jurídica obrigacional entre o estado e o particular. Isto posto, para alcançar esse objetivo, a Carta Constitucional determinou a criação de um sistema único de saúde (SUS), que tenha como uma de suas diretrizes o atendimento integral da população (art. 198, II, da CF/88). Algumas atuações positivas apresentam destaques como a A) criação do Sistema único de Saúde B) quebra de patentes, que viabilizou o acesso à saúde pública e C) O fornecimento de medicamentos de alto custo.

(GILMAR MENDES E PAULO BRANCO, 2017) discorre que o estado, de maneira positiva busca, muitas vezes, colocar em prática os princípios constitucionais a qual fora incumbido e confiado, no entanto, no caso concreto infere-se que os problemas contidos na prática, derivam de questões ligadas à

implementação e manutenção das políticas de saúde já existentes, o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução administrativa das políticas públicas pelos entes

O Princípio da dignidade humana é a pedra angular para os direitos e garantias fundamentais da constituição federal. O Ser humano foi colocado com a peça central do direito. Assim, o Estado existe para a pessoa e não o contrário. Ou seja, a dignidade da pessoa humana se transformou em um valor moral para ganhar um status de valor tipicamente jurídico, revestido de normatividade. Assim, a pessoa humana passa a ser o objetivo supremo da relação com o estado, este último que agirá sempre a favor do ser humano.

O Sistema garantista busca legitimar o direito penal no plano interno dentro de cada estado Brasileiro. Para isso, utiliza-se das bases axiológicas, epistemológicas e normativas para separar a moral do direito.

Outros pontos importantes são mencionados, como a vigência e eficácia. A primeira pressupõe a correção formal da lei (procedimental); a segunda a legitimidade da lei, ou seja, sua compatibilidade com as regras constitucionais, pautando-se nos direitos fundamentais.

O papel do judiciário, especialmente do juiz. É de supra importância. Caba a ele primordialmente ser o defensor da constituição, precisamente, com o núcleo fundante dos direitos individuais e sociais. Desse modo, ao visualizar uma norma incongruente, o magistrado deverá denuncia-la, evidenciando a sua imprestabilidade.

Isso são as bases do positivismo crítico de modo a evidenciar o papel do juiz no cenário das democracias constitucionais. O juiz, antes de aplicar a lei, verificará os princípios constitucionais, de modo a não o contrariar.

Observa a importância do juiz, na democracia garantista. Ressalta-se que ele está “preso” pelos princípios constitucionais vigentes, para motivar as suas decisões, bem como deixar de aplicar as leis com antinomia. Essa limitação protege a decisão baseada nos elementos pessoais de convicção interna da pessoa do juiz, estranhos ao processo, bem como pelo direito.

Ou seja, é melhor o juiz decidir com bases nos princípios constitucionais vigentes, do que nas suas convicções internas.

Para limitar o poder/dever do juiz, aplica-se a democracia formal e substancial. A primeira refere-se as regras procedimentais, de quem e como decidir. Regras processuais. A segunda disciplina as questões que não pode decidir e, não deixar de decidir. São as questões de direito material constitucional, direitos fundamentais.

Na proteção dos bem jurídicos, o garantismo assemelha-se ao funcionalismo teleológico, mas não são iguais. Pois há duas orientações que, equitativamente, devem ser observadas para aferir a gravidade de um crime: a entidade do dano causado pela conduta desviada (orientação objetivista) e o grau da culpabilidade (orientação subjetivista). Indicando precisamente que, no estado de direito a aplicação da pena com base nos danos dos bens jurídicos. É o caminho democrático a se seguir, sempre observados os direitos individuais, e suas garantias.

As pandemias históricas, surgiram como eventos externos que modificaram profundamente as estruturas internas. A peste negra transformou o estado. Introduziu o louvor às ciências naturais, criando o positivismo. A gripe espanhola, por ser recente. Levou ao óbito milhares de pessoas que não aderiram as recomendações da época, mostrando na prática que as sociedades tiraram poucos proveitos das experiências pretéritas.

A Covid\_19 que surgiu no Brasil no ano de 2020, veio de uma maneira em que, o nosso sistema foi desmascarado e os problemas, que nunca foram resolvidos desabaram para cima da população. O Executivo de maneira infundada boicotou por muitas vezes às evidências científicas e suas justificativas alcançaram parte da população, que aderiu, e até mesmo a PGR, que realizou um parecer lamentável subestimando o uso da máscara, contrariando as evidências científicas.

O Romantismo penal demonstra o sentimento contra os valores burgueses, na introdução de um herói que salvará a pátria. É o sentimento fomentado pelos programas sensacionalistas que buscam alimentar a

insegurança nos cidadãos, propondo soluções mágicas inaplicáveis no plano prático. Endurecendo as leis e aumentando a injustiça prática pelo estado.

Esse trabalho jamais propôs uma solução simples sobre o problema em relação a proteção do bem jurídico da saúde pública. Mas é necessário, precipuamente seguir o caminho deixado pela constituição federal. Infere-se a necessidade de adotar providências para desvendar o conteúdo da constituição e incorporar uma consciência constitucional para os populares. Muito se sabe sobre que a constituição existe, contudo, pouco se sabe dos direitos interpostos nela. Se o Estado Brasileiro criar, positivamente, uma educação pautada na divulgação da Constituição da República, certamente, os abusos de direitos não seriam tolerados pela sociedade.

Essa é a hora de iniciar um processo de reflexão sobre o enorme prejuízo durante a vigência da Constituição federal. Sobre a total ignorância sobre o seu conteúdo material, pelo legislador. Sobre as omissões exercidas pelo executivo e da aplicação das leis aos casos concretos, pelo judiciário. Leis muitas vezes viciadas em que, é notório a demora para sua denunciação à respeito da constitucionalidade dela.

Por fim, sobre a vivência do estado pandêmico e da conseqüente boicotes do executivo, em relação a proteção da saúde pública. Da omissão do legislativo. Surgiu uma necessidade de acelerar as mudanças nos paradigmas institucionais. A direito material da carta magna é o caminho aberto, para a correição do Estado Brasileiro. E sobre o que aconteceu recentemente, do comportamento positivo para deixar a ciência de lado, trazendo enormes prejuízos a à saúde da população, ocasionando diversas mortes. Traz à tona a celebre fala de Euclides da Cunha: *“E foi, na significação integral da palavra, um crime. Denunciemo-lo.”*.

## REFERÊNCIAS

1. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição de bolso. ed. [S. l.]: Edipro, 2017.
10. ROXIN, Claus. Política Criminal e sistema jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.p.6-7.
11. Roxin (2006) pg 14. Nessa parte da obra, Roxin seleciona três autores com opiniões contrárias a sua, e expões de maneira sucinta.
12. Stratenwerth, Zum Begriff des "Rechtutes", 2001 p.378 e 388.
13. Bürgerstrafrecht und feindstrafrecht, em: livro em memória de hung, 2003, p.42.
13. PRADO, Rodrigo Murad, O Funcionalismo Sistemico de Ghunter Jakobs, 11.12.2018, disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/funcionalismo-sistemico-jakobs/>, acessado em 05.12.2021, as 09:48
14. CANTARINO, Mariana. Thomas Hobbes e o Contrato Social. In: CANTARINO, Mariana. **Thomas Hobbes e o Contrato Social**. [S. l.], 17 maio 2018. Disponível em: <https://blog.enem.com.br/thomas-hobbes-e-o-contrato-social/>. Acesso em: 26 nov. 2021.
15. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 14ª. ed. [S. l.]: Impetus, 2017. v.
16. O PASSADO e futuro do finalismo: no Direito Penal. 1ª Edição. ed. [S. l.]: CDS, 2020. 174 p.
17. WELZEL, Hans, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie". 1975. Berlin, New York. P. 283.
18. HASSEMER, Winfried. **O passado e futuro do finalismo: no Direito Penal**. 1ª . ed. [S. l.]: CDS, 2020. Pg 13. Essa é uma obra que consiste em reunir diversos textos, de diferentes autores, sobre o finalismo penal.
19. WELZEL, Hans. Vom bleibenden und vom Vergänglichen in der strafrechtswissenschaft. P. 346.
2. CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. 1ª . ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017.
20. SANCHES, Rogério. Curso Popular da Defensoria, P. 10.
21. BRUERA, Matilde M. Dogmática penal y garantías individuales. In; BRUERA, Hugo Arnaldo; Derecho penal y garantías individuales. Argentina: Editorial Juris, 1997.p.71
22. CALLEGARI, André Luís Direito penal e funcionalismo: Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. 1ª Edição. ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017. 184 p.
24. TAVARES, Juarez. **Doutrina Penal Nazista, a Dogmática Penal Alemã entre 1933 e 1945**. 1ª. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. Pág. 128
25. JESUS, Damásio de, **Estudos Penal e Teoria do Crime**, disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/ice4/vordf/estudos/penal/teoriacrime.html>, acessado em 07.12.2021
26. FRAGOSO, Christiano, Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal Nazista de 1936,1ª edição, Editora Revan, Rio de janeiro/RJ, 2014.
27. CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. 1ª . ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017. Página 33

28. Scliar, Moacyr História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2007, v. 17, n. 1 [Acessado 12 Dezembro 2021], pp. 29-41. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Epub 21 Ago 2007. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WNtwLvWQRFbscbzCywV9wGq/?lang=pt>, acessado em 10.10.2021 as 20h07min.
29. Scliar, Moacyr, História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2007, v. 17, n. 1 [Acessado 12 Dezembro 2021], pp. 29-41. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Epub 21 Ago 2007. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>., acessado em 10.10.2021 as 20h07min.
3. Eugenio Raul Zaffaroni, Fritz Loos, Günter Jakobs, José Cerezo Mir, Luis Gracia Martín, Rolf Dietrich Herzber, Winfred Hassemer. **O passado e futuro do finalismo do Direito Penal**. 1ª edição. Ed. CDS EDITORA. 1 janeiro 2020.
30. WARNER, Judith. **The New York Times**, Psychiatry Confronts Its Racist Past, and Tries to Make Amends. But there is a lot to apologize for — from Reconstruction to today. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/30/health/psychiatry-racism-black-americans.html>, acessado em 10.10.2021 as 20h22min.
31. VIDALE, Giulia, Por que considerar a homossexualidade um distúrbio é errado. A homossexualidade é uma questão de orientação sexual, **Revista Veja**. que, por um equívoco, ficou anos classificada como desordem mental. 2017 [Acessado 12 dezembro 2021]. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/por-que-considerar-a-homossexualidade-um-disturbio-e-errado/>.
32. CAVALIERE, Irene, Hanseníase na História. *Revista INVIVO da Fiocruz*. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1182&sid=7>. Acessado em 13.12.2021 as 20h15min.
33. Scliar, Moacyr, História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. 2007, v. 17, n. 1 [Acessado 12 Dezembro 2021], pp. 29-41. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>>. Epub 21 Ago 2007. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>., acessado em 10.10.2021 as 20h07min.
33. TIERNEY, Dilan e NARDELL, Edward, *Lepra*, Manual MSD, versão Saúde para a família. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/tuberculose-e-infec%C3%A7%C3%B5es-relacionadas/lepra>
34. WARNER, Judith. **The New York Times**, Psychiatry Confronts Its Racist Past, and Tries to Make Amends. But there is a lot to apologize for — from Reconstruction to today. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/04/30/health/psychiatry-racism-black-americans.html>, acessado em 11.10.2021 as 20h32min.
35. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 311.
36. FERREIRA MENDES, GUSTAVO GONET BRANCO, Gilmar, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. [S. l.]: Saraiva, 2017.
37. AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-9-2000.

38. CONAAS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, acesso em: <https://www.conass.org.br/guiainformacao/a-gestao-financeira-e-o-ciclo-orcamentario/#:~:text=%C2%BB%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20alocativa%3A%20processo%20pelo%20qual,%2C%20entre%20outros%2C%20aos%20cidad%C3%A3os.> 01/03/2022, às 13:30.
39. Silva, Sandra Tavares da et al. Combate ao Tabagismo no Brasil: a importância estratégica das ações governamentais. **Ciência & Saúde Coletiva [online]**. 2014, v. 19, n. 02 [Acessado 1 Março 2022] , pp. 539-552. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232014192.19802012>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232014192.19802012>.
4. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Ed.Revista dos tribunais. 2002.
40. José Higídio, Consultor Jurídico, ConJur , disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-17/governo-sp-fornecer-medicamento-alto-custo-paciente>. Acessado em 01/03/2022.
41. Tiago Pariz, G1. Globo.com, disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL31234-5603,00.html>. Acessado em 01/03/2022 às 19:25
42. (STF. 2ª Turma. ARE 685.230 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 25/03/2013).AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-9-2000
43. PAIM, Jairnilson Silva, O que é SUS? Coleção temas em saúde interativa. Fundação Oswaldo Cruz, Editora Fiocruz. Ano 2015.
44. Secretária do Estado de Saúde, site institucional. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>. Acessado em 01/03/2022, às 10:52
45. Denise Madueño, Brasil quebra patente de remédio Anti-Alds. Folha de São Paulo. São Paulo, quinta-feira, 23 de agosto de 2001, disponível em: acessado em 07/03/2022, às 21:36
46. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>>. Acesso em: 07/03/2022.
47. FERREIRA MENDES, GUSTAVO GONET BRANCO, Gilmar, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. [S. I.]: Saraiva, 2017.
48. BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia. **Direito Penal: e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 129 p.
49. Letícia Rodrigues. **Conheça as 5 maiores pandemias da história**. O coronavírus não é o primeiro causador de uma pandemia. Relembre outras doenças que mudaram os rumos da história da humanidade Revista Galileu. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html>. Acessado aos 26.03.2022 às 16: 37.
5. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, Volume 2, Editora Impetus. 2017.
50. Alessandra Côrrera de Wiston-Salem.**BBC News Brasil**. O Trágico Exemplo da Filadélfia, onde desfile de rua causou milhares de mortes pela gripe espanhola, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51966427> Acessado em 26/03/2022 às 16:24
51. **Primeira morte por coronavírus no Brasil aconteceu em 12 de março, diz Ministério da Saúde** Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/27/primeira-morte->

[por-coronavirus-no-brasil-aconteceu-em-12-de-marco-diz-ministerio-da-saude.ghtml](#). Acessado aos 26.03.2022.

52. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/relembre-o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-a-pandemia-de-gripezinha-e-pais-de-maricas-a-frescura-e-mimimi.shtml>.

**54. 80% dos internados não tomaram vacina ou segunda dose, diz diretor do Emílio Ribas.** Em entrevista à CNN, diretor médico do hospital, Ralcyon Teixeira, conta que chegada da Ômicron aumentou número de casos de Covid-19, mas vacinados têm menor necessidade de atendimento médico Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/80-dos-internados-nao-tomaram-vacina-ou-segunda-dose-diz-diretor-do-emilio-ribas/>. Acessado em 26.3.2022. É importante não olvidar a política contra as vacinas difundidas pelo Presidente. Ele nem sequer vacinou contra a Covid-19.

55. FALCÃO, VIVAS, Márcio, Fernanda. **Parecer da PGR que minimizou não uso de máscara por Bolsonaro gera perplexidade, diz Rosa Weber:** Ministra do STF pediu nova avaliação do MP sobre abertura de investigação da conduta do presidente. Decisão não é usual; em geral, Supremo acolhe arquivamentos propostos pela PGR.. Rio de Janeiro: Globo, 1 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/01/parecer-da-pgr-que-minimizou-nao-uso-de-mascara-por-bolsonaro-gera-perplexidade-diz-rosa-weber.ghtml>. Acesso em: 3 mar. 2022.

56. AZEVEDO, Evelin. **Após Bolsonaro tirar máscara de criança, revista Science publica estudo que comprova eficácia do EPI contra a Covid:** Pesquisa mostra que tanto o modelo cirúrgico quanto o N95/PFF2 são eficazes para ambientes com pouca ou muita concentração de coronavírus, respectivamente. Rio de Janeiro: GLOBO, 26 jun. 2021. Disponível em: Após Bolsonaro tirar máscara de criança, revista Science publica estudo que comprova eficácia do EPI contra a Covid. Acesso em: 10 fev. 2022.

57. **GRUPOS neonazistas crescem 270% no Brasil em 3 anos; estudiosos temem que presença online transborde para ataques violentos:** Pesquisadora afirma que há 530 núcleos extremistas no país, reunindo até 10 mil pessoas. Falta de leis contra discursos de ódio causa obstáculos a aplicação de punições, para autoridades.. *In*: FANTÁSTICO, Programa. **Grupos neonazistas crescem 270% no Brasil em 3 anos; estudiosos temem que presença online transborde para ataques violentos:** Pesquisadora afirma que há 530 núcleos extremistas no país, reunindo até 10 mil pessoas. Falta de leis contra discursos de ódio causa obstáculos a aplicação de punições, para autoridades.. Rio de Janeiro: GLOBO, 16 jan. 2022. Disponível em: Pesquisadora afirma que há 530 núcleos extremistas no país, reunindo até 10 mil pessoas. Falta de leis contra discursos de ódio causa obstáculos a aplicação de punições, para autoridades. Acesso em: 5 fev. 2022.

6. GÜNTHER, Jakobs. **Direito Penal do inimigo**. 6ª. ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2015.

7. ROXIN, Claus; CALLEGARI; André Luís. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª. ed. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2013. v. 3ª Tiragem

8. KRISTON R. RENNIE, PROFESSOR DE HISTÓRIA MEDIEVAL DA UNIVERSIDADE DE QUEENSLAND, NA AUSTRÁLIA. Peste bubônica também exigiu plano econômico dos governos medievais. **Revista Galileu Globo**.

Disponível em  
<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Historia/noticia/2020/05/peste-bubonica-tambem-exigiu-plano-economico-dos-governos-medievais.html>.  
acesso em 30 de set. 2021.

9. CALLEGARI, André Luís. Direito Penal e funcionalismo. 2017. P.100  
Disponível em: <https://cdd.org.br/noticia/saude-publica/o-que-e-saude-publica/>,  
acessado em 27/09/2021, as 20:42.

ZIBLATT, LEVITSKY, Daniel, Steven. **Como as democracias morrem**. 1ª . ed.  
[S. l.]: Zahar, 2018.