

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-331-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A ‘GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA’ COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o conseqüente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das conseqüências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatela como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutra giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em *A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF*, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em *A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS*, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em *ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL*, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em **HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA**, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em **INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em **MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS**, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em **MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19**, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em **O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA**, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em **O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL**, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a incutir na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

ADMINISTRATIVE ADVISORY SERVICES FOR CRIMINAL LAW IN TIMES OF PANDEMIC

Pedro Franco De Lima ¹

Francelise Camargo De Lima ²

Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima ³

Resumo

O presente artigo busca demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, onde o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Palavras-chave: Penal, Administrativo, Assessoriedade, Reenvio, Pandemia

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to demonstrate the administrative advisability of Criminal Law in times of pandemics. The objective is to verify to what extent the regulation of daily life by the State makes the integration of Criminal Law and Administrative Law possible. The parallel between Administrative Law and Criminal Law is approached through the study of the techniques of renvoi. The approach to the theme was made through the deductive and dialectic method, where the study of the administrative advisability of Criminal Law in times of pandemic was presented using the various sources of knowledge.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal, Administrative, Advisory, Rsend, Pandemic

¹ Mestre e Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba; Graduado e Especializado em Direito Civil e Processo Civil (Faculdade Mater Dei/PR); Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8064-6183> Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/7512941469235673>.

² Mestre e Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba; Formada no Curso da Magistratura do Estado do Paraná pelo EMAP; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4701-5558>; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3162895394404639>

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Advogada, inscrita na OAB /PR sob nº 91.750; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4286-5929>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0950623397182904>. E-mail: leticiafcflima@outlook.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da administrativização do Direito Penal está em evidência, sobretudo em razão das recentes normas editadas pelo Poder Público em razão da Pandemia do Covid-19. Uma destas faces está no centro das discussões em decorrência do uso reiterado de técnicas de tipificação penal, as quais estão alicerçadas no reenvio ao Direito Administrativo, portanto, dependem da assessoriedade administrativa para ter o alcance almejado.

Inicialmente foi feito um paralelo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, objetivando demonstrar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Assim, uma das maneiras mais transparente de se verificar a presença de outras ramificações do ordenamento jurídico, além das tutelas ligadas a economia e ao meio ambiente é por meio da utilização das normas penais em branco.

Este caminho, logicamente passa pelo papel do Direito Penal, enquanto sistema de controle social de que dispõe o Estado, sempre com olhar no controle e contenção dos riscos.

Esta correspondente contenção é realizada por meio de construção doutrinária, enfatizando já na terceira parte do presente trabalho, a questão dos limites das figuras dogmáticas em exame por parte do Poder Legislativo e da averiguação minuciosa das normas, em especial no tocante a utilização das técnicas de reenvio, sempre com vistas ao controle de constitucionalidade, sobretudo ao princípio da reserva legal.

Na quarta parte do trabalho é apresentada a realidade e aplicabilidade das técnicas de reenvio em tempos de Pandemia, sobretudo neste lapso temporal, onde inúmeras são as normas editadas, as quais em último plano buscam tão somente prevenir e conter a expansão do covid-19.

Quanto ao desenvolvimento do presente artigo utilizou-se de pesquisa bibliográfica, sobretudo através de livros, artigos de periódicos e artigos científicos e atualmente com material disponibilizado na internet sobre a Pandemia Covid-19, através do método teórico-bibliográfico.

A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, onde o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em Tempos de Pandemia, foram apresentados utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

2. PARALELO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

O conjunto de regramentos jurídicos brasileiro é formado por um sistema integrado de normativos legais decorrentes das mais diversas ramificações, devendo ser analisado de forma conjunta, tendo por escopo o diálogo das fontes.

Ou seja, sob o prisma de (JAIME, 1995, p.60 e 251 apud MARQUES, 2003, p. 72), isso se traduz em eficiência e justiça, as quais estão intimamente ligadas ao conjunto de leis de um mesmo ordenamento, tendo por norte o pluralismo pós-moderno.

Há um bom tempo conforme destaca (GUARANI, 2012, p. 36) a administrativização do direito penal possui um significado unívoco. Para o autor é possível explicá-la através da utilização do direito penal pelo Estado, o qual sempre tem por objetivo o pleno desenvolvimento de suas atividades, enquanto órgão estatal, provendo e gerindo as demandas públicas.

Certo é que no dia-a-dia do cidadão o Estado, enquanto órgão público tem por obrigação legal atender as necessidades da população, contudo deve primar pela ordem administrativa, solicitando autorizações ou agindo em consonância com algum tipo de regulação, decorrente do arcabouço jurídico.

Para (GUARANI, BACH, 2014, p. 16), a expressão “administrativização do Direito Penal” não possui tão somente um único significado, podendo traduzir-se em mais de um significado, todavia, sempre com o escopo de proporcionar ao Estado mais uma ferramenta para o pleno desenvolvimento de suas próprias atividades.

Esta necessidade de regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Assim, uma das maneiras mais transparente de se verificar a presença de outras ramificações do ordenamento jurídico, além das tutelas ligadas a economia e ao meio ambiente é por meio da utilização das normas penais em branco.

Acentuam ainda (GUARANI, BACH, 2014, p. 16), que o Estado cria os tipos penais com o objetivo de assegurar obediências aos seus atos e regulamentos, fazendo com que o cidadão não viole o Direito Administrativo. Portanto, surge desta forma uma aproximação da norma penal proibitiva ou mandamental com o perfil dos preceitos normativos de direito administrativo, com o claro objetivo de esvaziar-se o injusto.

Para (CUNHA, 2015, p. 88) os normativos legais que necessitam de complementação, não apresentam, num primeiro momento a conduta proibitiva de maneira finalizada, sendo necessária uma integração de conteúdos.

Sob a ótica de (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 148), o Direito Penal, o qual reage *a posteriori* diante de um fato lesivo individualmente delimitado, independente do sujeito ser ativo ou passivo, se converte em um direito de gestão, ou seja, punitivo, de riscos gerais e, sob este prisma, estaria administrativizado.

Neste particular, oportuno trazer à baila ainda o entendimento de (KNOPFHOLZ, 2011, p. 13-36), pois sob este olhar, tendo por norte os princípios penais – sobretudo, ao princípio da intervenção mínima e da ofensividade, o autor destaca - “A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a observância a regras de conveniência da administração pública, materiais antes de cunho disciplinar”, o que, por via direta de consequência, demonstra que o Direito Penal está dando o suporte básico necessário ao Direito Administrativo, deixando de operar em sua forma tradicional, ou seja, como *ultima ratio legis*.

Face ao exposto, por se traduzir em algo extremamente abrangente dentro do sistema normativo, tanto em relação as normais econômicas, ambientais, entre outras, oportuno destacar alguns exemplos:

1 – Artigo 312¹, do Código Penal, o qual estabelece o crime de peculato, próprio de funcionário público, contudo, para sua correta aplicação, necessita do conteúdo contido no art. 327² do mesmo Diploma Legal, onde está contido o conceito de funcionário público.

2 – Artigo 237³, do Código Penal, o qual ao tipificar a conduta de contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta, fica inevitavelmente impossibilitado de aplicação, visto que há a necessidade de se recorrer às disposições atinentes ao artigo 1.521⁴ do Código Civil, o qual possui em seu escopo as causas que produzem a mencionada nulidade.

¹ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

² Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

³³ Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁴ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

3 – Artigo 38⁵, da Lei nº 9.605/1998 – aduzido artigo criminaliza a conduta decorrente de danos à floresta considerada de preservação permanente. Todavia, o entendimento sobre permanência de proteção somente poderá ser encontrado através de uma leitura complementar, junto ao artigo 4^o⁶, da Lei 12.651/2012, onde há a delimitação do conteúdo.

4 – Ainda, oportuno destacar a lei nº 10.826/03, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, a qual da mesma maneira, se traduz numa norma penal em branco, conforme pode-se observar através da leitura do art. 23⁷, o qual tem como função o esclarecimento de que os permissivos legais ficarão sob a tutela do Comando do Exército, em especial a classificação, permissão, restrição entre outros detalhes referentes aos armamentos.

Diante desta realidade, desenhada a construção do raciocínio em face do paralelo em que encontram o Direito Penal e o Direito Administrativo, estudando-se ainda a questão das normas penais em branco, presentes no arcabouço jurídico é possível avançar, verificando-se as nuances relacionadas ao uso da assessoriedade administrativa da tutela penal em face da Pandemia do Covid-19.

Para o presente objeto de estudo, qual seja, a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de Pandemia do Covid-19, colocar em evidência a sua administrativização é necessário e oportuno, pois é justamente neste ambiente que o estudo das técnicas de reenvio da norma penal à administrativa, ante os postulados da lei penal no tempo ganha relevância.

Certo é que as leis penais administrativas, as quais dão suporte à administração pública estatal possuem regras do Direito Administrativo, haja vista que se direcionam a intervenção penal para a regulação administrativa, pelo que surge a expressão de assessoriedade.

⁵ Lei nº 9.605/98 - Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁶ Lei 12.651/2012 - Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [...]

⁷ Art. 23. A classificação legal, técnica e geral bem como a definição das armas de fogo e demais produtos controlados, de usos proibidos, restritos, permitidos ou obsoletos e de valor histórico serão disciplinadas em ato do chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta do Comando do Exército.

De outro modo, quando o direito penal busca intervir no direito administrativo sob a tutela da proteção a atuação estatal dá-se o movimento reverso, ou seja, os tipos penais serão aplicados à medida de suas necessidades. Notadamente, o Direito Penal se administrativiza no sentido de proporcionar proteção da gestão pública estatal, por outro lado os tipos pelos quais realizada aduzida proteção possuem elementares advindas dos regramentos de Direito Administrativo.

Certo é que a realidade atual demonstra que o Direito Administrativo se encontra em dificuldades para auxiliar o Estado no controle estatal, o qual se viu em dificuldades frente as novas demandas. Segundo (GUARANI, 2012, p. 35-47) o Direito Administrativo, mesmo ancorado no poder de polícia e na autoexecutoriedade, se mostra fraco no sentido de auxiliar o Estado no desempenho de seu papel gerencial e de controle, resultando no apelo ao Direito Penal para fortalecer as demandas decorrentes do Direito Administrativo.

3. EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REENVIO E O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

A assessoriedade administrativa é um meio pelo qual o Direito Administrativo busca complementar o direito penal na tutela de um bem jurídico, no caso em tela, sua aplicabilidade nas normas concernentes e aplicáveis em tempos de Pandemia, sobretudo, primando pelo direito coletivo. Pelo exposto, o Direito Penal não atua isoladamente, buscando às prerrogativas do ramo administrativo para proporcionar ou tentar oportunizar a eficácia na sua atuação.

Para tanto o tipo penal utiliza-se das técnicas de remissão ao ordenamento administrativo, objetivando proporcionar efetividade ao ilícito e tal se traduz na força de suas expressões (SOUZA, 2010, p. 7).

Aduzidas técnicas, segundo destaca (GUARANI, 2012, p. 35-47), resumem um conjunto de categorias dogmáticas jurídico-penais, cuja qual a matéria de proibição não está plenamente presente na redação do tipo, carecendo, portanto, de complemento, os quais são derivados de outras normas, penais ou extrapenais, jurídicas ou costumeiras, escritas ou não.

Para o autor, o tipo reenvia a estas normas aparências destinadas a circunstanciar o conteúdo comportamental proibido. Este, portanto, é o elo que une as categorias dogmáticas como normas penais em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos, sendo que em qualquer destas situações, há o reenvio do tipo penal a normas diversas.

Complementa ainda (GUARANI, 2012, p. 35-37) dizendo que há motivos para que o legislador produza tipos carentes de complemento, destacando:

1- quanto às normas penais em branco, estas são, de modo geral, completadas por normas administrativas, cuja conexão com o direito penal ganha reforço a partir da antedita administrativização; 2- no tocante aos tipos abertos, que constituem técnica tradicional para incriminação mediante tipos ativos ou omissivos culposos, evocam inúmeras vezes quebras de regramentos ou normas acautelatórias de caráter administrativo, para as quais o direito penal volta sua atenção, tanto quanto mais administrativizado se torna; 3 - em relação aos elementos normativos, frequentemente são definidos em normas administrativas extrapenais, constitutivas de objeto de atenção intensificada de um direito penal administrativizado; 4- finalmente, no que tange às remissões a atos administrativos concretos, os tipos penais realizam-nas justamente para reforçar a atividade estatal de gerenciamento e controle das atividades da vida econômica, nomeadamente para contenção de riscos.

Aduzida realidade, em linhas gerais, se traduz numa forte tensão haja vista o princípio da reserva legal em matéria penal, conforme art. 5º, XXXIX da CF/88. O uso excessivo das técnicas de reenvio, sem a cautela necessária, pode levar a quebra da separação dos poderes, mas também a uma inevitável fragilização das pretensões, em especial no sentido de dar à norma penal funções de dirigibilidade normativa ou fixação de expectativas sociais, conforme acentua (INCOTT, 2018).

Certo é que o princípio da reserva legal possui dimensão formal, que exige lei em sentido estrito para a produção das normas pelas quais o Estado exerce efetivamente o controle social penal. Portanto, é papel exclusivo do legislador não somente as previsões dos tipos e penais, mas, sobretudo, as normas que agravem de qualquer forma a posição do sujeito ativo de delito. (PULITANO, 2011, p. 103).

Para (INCOTT, 2018) não há que se falar em funções preventivas à medida que o sentido de ameaça incide sobre condutas, cuja compreensão da legislação específica proibitiva requer tão somente conhecimento específico. Face ao exposto há a necessidade do cidadão possuir conhecimento mais abrangente, ou seja, advindo de todo o arcabouço jurídico aplicado à espécie, o qual surge com o uso destas técnicas.

Mesmo assim, não há parâmetros para sustentar que a utilização de aduzidas técnicas seja ilegítima ou quiçá inconstitucional, até porque o reenvio pode ser utilizado por qualquer ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, art. 22, I, delega competência ao Poder Legislativo da União, para, preventivamente, e através de processo legislativo garantindo autonomia, legislar em direito penal (competência privativa, que ao contrário da exclusiva, é delegável: a mecânica está prevista no próprio art. 22, parágrafo único, CF).

Portanto, não é razoável o entendimento de que há inconstitucionalidade em leis penais com elementos em branco, sendo que o mais sensato seria fixar no entendimento de que existem limites razoáveis para sua correta aplicação, pelo que é possível delimitar as nuances e desdobramentos de sua aplicação no direito penal, sendo que a título exemplificativo, poder-se-ia dizer sobre as regras de imputação, o dever instrumental de informação, o tratamento do erro e assim sucessivamente.

Assim, em apartada síntese, o correto é fazer a análise da norma penal em branco em sentido estrito. Portanto, já num primeiro momento a norma penal em branco vem de encontro à solução dos problemas. (GRECO, 2006, p. 164). Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade, a partir do momento em que é o próprio legislador que cria a norma de complementação, pelo que, norma penal em branco e complemento do branco, são produções de autoridade privativamente competente, ou seja, Poder Legislativo da União.

Num primeiro momento há a necessidade, portanto, de fazer uma verificação, ou seja, objetivando a escolha da melhor técnica de reenvio para o caso concreto, conforme suas próprias características. Dadas estas delimitações, será possível fazer um juízo de valor e por consequência construir uma doutrina crítica a respeito de sua aplicabilidade, pelo que faz-se necessário o desenvolvimento de estudos voltados aos elementos normativos do tipo, destacando os que efetivamente se submetem às regras gerais e, por consequência, a utilização de técnicas de reenvio.

Segundo (GUARANI, 2012, p. 6) a inconstitucionalidade da norma penal em branco depende de verificação do caso concreto, em especial em razão de que diz-se constitucional a regra, em havendo motivo plausível para se deixar brancos na norma penal, ou seja, “a necessidade de evocar conhecimentos técnicos verticalizados, no marco de uma sociedade pós-industrial, dependente da confiança em sistemas peritos, sintéticos de tecnologias avançadas que inundam o mercado como bens de consumo”.

Para o autor aduzido procedimento vai de encontro as reais necessidades e interesses da Constituição Federal, haja vista que cabe ao Poder Executivo a função de gerenciar riscos. Dada esta realidade, certo que a norma penal deve atuar em consonância com este eixo norteador, como também como expressão popular, visto que cabe somente ao destinatário da norma penal, ou seja, o povo, a produção autolimitada de liberdades.

Portanto, há que se ter cautela na aplicabilidade das técnicas de reenvio, sob pena de ferir o princípio da reserva legal, haja vista que ao não se fazer a observação de diferenciação acaba-se legitimando, de forma indireta, qualquer forma de assessoriedade em matéria penal.

Desta forma torna-se equivocada uma posição que defenda a inconstitucionalidade das técnicas de reenvio de uma maneira geral, visto que cabe à doutrina encontrar este meio termo, sobretudo em se tratando de contextos complexos, existentes na vida em sociedade pós-industriais, de mercados globalizados, acerca dos quais se produz a norma.

Tal posição, conforme acentua (GUARANI, 2012, p. 6):

a) não contribui para o debate orientado à construção de limites que possam fundamentalmente auxiliar o legislador, quando faz uso desta modalidade de remissões; b) despreza o fato de que na Constituição brasileira, o tráfico de entorpecentes – classicamente tipificado mediante norma penal em branco - é indicação criminalizadora contida no art. 5º, XLIII, de modo que está longe de ser um tipo penal inconstitucional. Esta posição, por extensão, acaba violando o próprio princípio de vedação de proteção deficiente à saúde pública, derivado do comando constitucional de criminalização²¹; c) não atenta para o fato de que a adoção das teorias de imputação objetiva no sistema de análise do delito acaba impondo uma remissão a normas extrapenais legais e infralegais em todo e cada caso penal julgado, para fixação do caráter permitido ou proibido dos patamares de risco gerados pela conduta. Além delas, mesmo “normas técnicas de segurança, a *lex artis*, o chamado princípio da confiança e, por fim, a própria ideia de homem prudente”²² dão suporte à imputação objetiva do evento ao agente.

(HORTA, 2016, p. 115), apresenta a diferenciação que se procura demonstrar entre norma principal e o reenvio para normas especiais, dizendo que a distinção entre os elementos em branco e os demais elementos normativos se referem especificamente a deveres, ou seja, decorrentes de mandados ou até mesmo proibições extrapenais, sendo que a inobservância dá azo ao injusto penal o que, por consequência cria o sentido necessário ao tipo correspondente.

Diante desta realidade, tem-se que as técnicas de reenvio servem para nortear e fixar, a partir da lei, quais os critérios necessários para determinar se houve alguma ultrapassagem do risco permitido, o que conduziria à imputação. Portanto, as normas penais, vistas como regras excepcionalmente não definem critérios, todavia, isto não ocorre quando há o reenvio para o ato administrativo (regras especiais), as quais auxiliam na construção de limites, objetivando a condução adequada do uso da técnica legislativa e ainda das soluções jurisprudenciais existentes e decorrentes de casos concretos.

Face ao exposto e objetivando um melhor entendimento a aplicabilidade das técnicas de reenvio, (GUARANI, 2012, p. 9), enumera três exigências cumulativas que o legislador deve ater-se no momento de confeccionar a norma penal em branco, sem contudo, infringir ao princípio da reserva legal, em especial no tocante a sua dimensão formal:

“1) que a norma penal estabeleça o “núcleo duro” da norma, ligado aos verbos, à definição de o que necessita de complemento e aos destinatários da norma, de maneira a controlar exclusivamente a escolha político-criminal do penalmente punível; 2) que remeta ao complemento apenas aspectos técnicos, de caráter científico, por uma necessidade clara, proveniente sobretudo daquilo que se

necessita para eficaz proteção do bem jurídico, ou pela necessidade de ajustes regionais e locais, derivados de especificidades geográficas, sócio-culturais, econômicas, etc.; 3) que a instância complementadora do branco já tenha atribuições atinentes à área da vida sobre a qual incide a norma penal, sobretudo regulação extrapenal ou atividade de gestão, controle, etc.”

Portanto, isso tudo leva ao entendimento de que o debate acerca da dignidade penal da proibição e/ou proteção poderá ser preterida, dando margem a criação de tipos penais avessos ao verdadeiro debate democrático, todavia, com a delimitação de marcos limítrofes é possível crer que a reserva constitucional à lei, tida como fonte formal da norma incriminadora, nos termos do art. 22, I e parágrafo único da CF não fica submetida a um simples pano de fundo.

4. ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

O tipo penal somente incidirá sobre a conduta humana se não estiver em consonância com as regras sociais, ou seja, estando totalmente opostas ao que efetivamente seja aceito pela sociedade. No entendimento de (PRADO e FILHO, 2006, p. 435-451):

“(…) A adequação social surgiu como um instituto que buscava afastar do âmbito da intervenção jurídico-penal determinadas hipóteses não desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade. De fato há casos em que não se verifica um desvalor penal do resultado, ainda que possa existir “um desvalor do estado de coisas que não constitui um resultado penalmente típico” (…)”

Oportuno destacar que ao remeter a assessoriedade administrativa o legislador tem por objetivo valorar situações que ratificam a conduta levada a efeito em consonância com as normas administrativas. Certo ainda que o direito penal não possui a competência de regular todas as situações que demandem perigo, visto que poderia estagnar a vida em sociedade.

Ultimamente vem crescendo o debate junto a academia acerca da assessoriedade ou aessoriedade, (dependendo da corrente adotada) administrativa do direito penal, sendo que a utilização de normas em branco e ainda, demais técnicas de reenvio acontece com grande evidência na regulação dos chamados bens jurídicos coletivos ou difusos, como por exemplo o meio ambiente e ainda as relações econômicas. (FALAVIGNO, 2020).

Neste particular, oportuno anotar que a assessoriedade vai além das questões ambientais e econômicas, como se verifica neste momento de Pandemia, onde por questões de competência regulatória e de especialização técnica necessária, mencionadas técnicas de

reenvio também exercem grande relevância na construção dos tipos no tocante a saúde pública.

Em decorrência da pandemia do Covid-19 o governo brasileiro vem adotando diversas medidas objetivando prevenir e sobretudo conter o vírus, além de tratar as pessoas que foram efetivamente contaminadas.

Diante deste cenário, diversos artigos quase esquecidos e de pouca aplicação no Código Penal estão sendo usados neste lapso temporal, inclusive em grande escala no tocante a assessoriedade. Oportuno destacar o art. 268 do Código Penal, o qual criminaliza a conduta de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.”

A realidade exposta, demonstra as características pós-modernas, haja vista a falta de um roteiro coletivo que sirva de baliza para identificação dos papéis sociais e de como os modos de exercê-los possam ocorrer. (GUARANI, 2012, p. 41).

Para o autor a derrocada dos grandes discursos morais e o vazio que se seguiu marcam o início do século XXI, pelo que cita (BAUMAN, 2007, p. 28):

Hoje, enfim, eis-nos “de pé e enfrentando o caos”. Coisa que nunca fizemos antes. O confronto com o caos seria já por si só bastante perturbante e doloroso. Mas a novidade do facto – a completa ausência de precedentes que nos sirvam de pontos de referência, que nos tranquilizem e nos guiem – torna a situação completamente desconcertante. (...) Ou melhor, para dizermos as mesmas coisas na linguagem dos filósofos e dos professores (...): não se descobriram nem é provável que se descubram fundamentos do ser, e os esforços destinados a estabelecê-los não foram bem-sucedidos nem é provável que venham a sê-lo. A moral não tem causa nem razão; nem a necessidade de sermos morais nem o sentido de o sermos podem ser demonstrados ou logicamente deduzidos. Por isso, a moral é tão contingente como o restante ser: sem fundamentos éticos. Já não podemos orientar eticamente o nosso próprio ser moral, nem “legislar” em matéria moral.

Notadamente o que fazer com o agir é delimitado pelo agir da própria sociedade, todavia a descrença das sociedades ao longo do tempo como também nos discursos que fundamentavam a vida na terra, transformaram a visão de mundo partilhadas e as correlatas tábuas de valor, o que, por via direta de consequência, intensificou o uso de técnicas de reenvio, o que se acentua neste momento pandêmico.

Neste contexto, houve a edição da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, regulamentada pela Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, alterada diversas vezes por medidas provisórias e complementada ainda, pelo Decreto nº 10.282, o qual define o que seria serviços essenciais. Aduzido Decreto define em seu artigo 2º quais são as medidas de enfrentamento à pandemia e ainda as formas de isolamento e de quarentena, mas também outorga, no bojo do art. 3º, parágrafo 7º, ao Ministério da Saúde e aos seus

gestores locais de saúde, em determinadas situações, mediante autorização prévia, a competência para sua adoção.

Em face deste cenário, onde as normas objetivam a manutenção da salubridade pública, é salutar analisar quais seriam os crimes praticados por aqueles que descumprem aduzidas normas.

O art. 268 do Código Penal trata do crime de infração de medida sanitária preventiva, cuja redação é a seguinte:

Art. 268 – Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

A norma penal em branco está contida no fato de uma pessoa não cumprir as determinações do poder público, objetivando impedir o surgimento ou ainda a difusão de doença contagiosa, pelo que fica incurso no tipo penal que tutela a saúde pública, devidamente previsto no art. 268 do Código Penal.

Ato contínuo houve ainda a edição da Portaria nº 356 do Ministério da Saúde, a qual outorga em seu art. 3º, parágrafo 6º, e em seu artigo 4º, parágrafo 1º, aos Secretários de Saúde locais a competência para adoção de medidas de enfrentamento da Pandemia Covid-19, como isolamento e quarentena.

Por último, a Portaria Interministerial nº 5, do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde concomitantemente, estabelece a conexão entre a norma penal e suas regulamentações administrativas, demonstrando de forma cristalina a previsão legal, sobre a possibilidade de responsabilização penal em seu artigo 3º. Já no seu art. 5º, elenca os artigos 268 e 330 do Código Penal como passíveis de incidência no caso de descumprimento, deixando transparente a existência de uma norma penal em branco própria, heterônoma ou stricto sensu, ou seja, possibilitando a complementação através de regras inferiores à lei. (FALAVIGNO, 2020).

Assim, todo pessoa que descumprir o contido na Lei nº 13.979/20 ou qualquer ato administrativo da espécie, ou seja, normas emanadas do Poder Público, que objetivem impedir o acesso ou propagação do Covid-19 em solo brasileiro, de forma dolosa, estará praticando o crime de infração de medida sanitária preventiva, prevista no art. 268 do Código Penal. Insta salientar que mesmo não resultando em ato concreto, basta tão somente o mero descumprimento doloso, haja vista se tratar de crime de perigo comum, houve presunção de

lei de maneira absoluta, sobre eventual risco causado à sociedade em decorrência da conduta de quem, por ventura, tenha descumprido normas do Poder Público.

Conforme ensina (FOUREAUX, 2020), qualquer do povo poderá figurar no pólo ativo da demanda, todavia, o sujeito ativo sendo funcionário da saúde pública ou exerça a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro, a pena será aumentada de um terço, em decorrência da maior reprovabilidade da conduta por parte de quem têm, como profissão, a obrigação de zelar pelo cumprimento das normas que objetivam o cuidado com a saúde, como também pelo fato de serem possuidores de conhecimentos técnicos, tudo a teor do art. 268, parágrafo único do Código Penal.

Para (FALAVIGNO, 2020), o artigo 330 tem uma aplicação um pouco menor, pois além de exigir ordem específica de funcionário público para determinado sujeito, também possui aplicação tão somente subsidiária, especificamente em caso de ordens que cominem, por imposição legal ou judicial, suas próprias sanções em casos de descumprimento.

Complementa ainda (FALAVIGNO, 2020), dizendo que isso não acontece em se tratando do artigo 268, mesmo em se tratando de delito de competência do Juizado Especial, o que, por via direta de consequência comporta uma infinidade de acordos, porém atualmente pode ser complementador através de inúmeras normas administrativas, haja vista a falta de delimitação doutrinária ou legal sobre a definição correta de “determinação do poder público” e também quais órgãos teriam competência para fazê-la. Vislumbra-se, portanto, num primeiro momento, mesmo que hipoteticamente, algumas violações à legalidade, quanto a competência para criação de tipos penais e taxatividade da norma, como também com referências a igualdade de aplicação da lei penal, a qual passou a ter seu conteúdo definido por normas locais.

Tem-se, portanto, que o crime se consuma através do mero descumprimento da norma emanada do Poder Público, pois trata-se de crime formal, cuja consumação ocorre mesmo quando nenhuma pessoa seja contaminada pela doença.

A tentativa nestes casos também é possível e ocorre no momento em que o agente descumprir uma ordem de não fazer, de abster-se de praticar o ato, e isso ocorre no momento em que deixar de agir, sendo que esta ação pode ser fracionada em diversos atos. Todavia, caso o descumprimento seja de uma obrigação de fazer, como fazer exame médico, a tentativa não será possível, visto que será um crime omissivo, não se admitindo tentativa em omissão própria, uma vez que a consumação se dá no momento em que o agente deixa de agir como deveria.

Para (FOUREAUX, 2020), diante de uma simples recomendação do Poder Público, como se verifica em face do atual quadro de Pandemia do Covid-19, a falta de acatamento não se traduz em infração ao art. 268 do Código Penal (infração de medida sanitária preventiva), uma vez que o tipo penal exige o descumprimento de determinação do ente público, o que não abarcaria a recomendação.

Diante desta leitura, ao existir a determinação por exemplo, para que um cidadão fique isolado ou em quarentena e este descumpra de qualquer forma a ordem, estará praticando o crime previsto no art. 268 do Código Penal, cuja leitura deverá ser feita utilizando-se ainda do art. 3º, I e II, da Lei nº 13.979/20.

Da mesma maneira, o crime previsto no art. 268 do Código Penal poderá ser praticado por agente, que mesmo após receber determinação para que faça o exame médico, deixe de efetua-lo ou de outra maneira, resista à sua realização, conforme leitura do ar. 3º, II, “a” da Lei nº 13.979/20.

Objetivando o bem comum da sociedade, sobretudo diante da Pandemia Covid-19, e sopesando situações de risco para a sociedade, à luz do art. 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/20, quando houver vacina no Brasil e o governo determinar a vacinação, mediante estabelecimento de prazo, quem não comparecer à um posto de saúde estará praticando o crime previsto no art. 268 do Código Penal.

Esta omissão vai contra o texto legal da Lei nº 13.979/20, que em seu art. 5º aduz que “Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de: I – possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus; II – circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.”

De qualquer sorte, caso uma pessoa efetivamente esteja contaminada com o vírus do Covid-19 e em havendo determinação do Poder Público, no sentido de que seja informado por onde esta pessoa contaminada passou em um lapso temporal, visando o controle das pessoas contaminadas, o indivíduo será compelido a informar, sob pena de ser inserido na pratica de crime previsto no art. 268 do Código Penal, haja vista a ordem legal existente, uma vez que a Lei nº 13.979/20, contém em seu bojo um rol taxativo de medidas que objetivam proteger à população no tocante a saúde pública e, dentre aduzido rol, está o dever de colaboração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No arcabouço jurídico há uma sucessão infundável de leis penais no tempo, todavia a definição de regramento penal, conduzindo necessariamente ao reenvio para outras normas, frequentemente de caráter extrapenal, exige uma clara identificação de sua natureza.

Através desta leitura conclui-se que cada técnica de reenvio (normas penais em branco, tipos abertos, remissões a atos administrativos concretos e, ainda elementos normativos do tipo (em especial aqueles apresentados através de normas definitórias extrapenais) assume uma característica peculiar, cuja definição impacta na ocorrência do próprio fato ou até mesmo na sucessão das leis penais aplicáveis.

O reenvio da conduta tipificada ao Direito Administrativo auxilia na valoração do comportamento e, por conseguinte, na ponderação de interesses entre o agente infrator e os interesses da coletividade, sendo justamente neste sentido que o conceito de conduta socialmente adequada ou até mesmo o risco permitido pode ser compatibilizado, produzindo, efeitos relevantes na tipificação no tocante aos resultados.

As determinações do Poder Público podem se dar através da União, Estado, Distrito Federal ou Municípios e ainda, podem advir de lei ou ato administrativo, como por exemplo, decretos, regulamentos e portarias. É certo o papel do Direito Penal em coibir atos criminosos que não valorem a sociedade, todavia o reenvio à técnica da complementação administrativa, é um remédio jurídico apto e eficaz para o interesse da coletividade, sobretudo no caso em tela, onde as medidas de segurança e prevenção diante da Pandemia Covid-19 são necessárias e oportunas.

Assim, fica cristalino o entendimento de que o Direito Administrativo possui um papel significativo, pois em muitos casos, sobretudo neste lapso temporal, em se tratando de saúde da população, o mesmo possui uma competência regulamentadora, fática e operacionalmente, delimitando os limites da autonomia da vontade, ao contrário do Direito Penal, o qual visto de forma unitária é detentor de uma limitação no tocante aos seus mecanismos sancionatórios.

Em caso de remissões em cadeia como se verifica na questão da Pandemia do Covid-19, apesar de toda a informação de chega à população através da mídia, certo é que a possibilidade de ocorrer erros sobre o conteúdo e a vigências das regulações como também sobre a conduta penalmente proibida é enorme.

Apesar de não haver previsão legal para a responsabilização penal da pessoa jurídica neste tema (Pandemia Covid-19), o administrador ou empresário gestor podem ser

penalizados em havendo descumprimento de medidas preventivas como uso de máscaras, disponibilização de álcool e quarentena.

Por outro lado, a imposição de multas em sede de acordos próprios junto ao Juizado Especial pode comprometer ainda mais as finanças da população, visto a vulnerabilidade econômica neste lapso temporal.

Em se tratando de assessoriedade e dogmática penal, utilizando-se dos ensinamentos de (FALAVIGNO, 2020), a leitura conjunta das regras do Direito Penal com as demais normas aplicadas à questão de saúde da coletividade talvez demonstre a necessidade de maior debate, pois ao colocar luz sobre o tema, política criminal, é oportuno lembrar que a via punitiva do Estado está sendo chamada para outros fins diversos dos quais se propõe, deixando sem segundo plano as perspectivas de *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Lisboa: Relógio d'Água, 2007;

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador, BA: JusPODIVM, 2015;

FOUREAUX, Rodrigo. **O descumprimento de determinações do Poder Público e o coronavírus: consequências criminais**. Disponível: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/03/13/o-descumprimento-de-determinacoes-poder-publico-e-o-coronavirus-consequencias-criminais/>. Acesso: 26/01/2021;

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014;

GRECO, Luís. **“A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa”**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 58. São Paulo: RT, jan/2006;

GUARAGNI, Fábio André; **A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos políticos-criminais**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 35-47, jan./jun. 2012 - ISSN 1677-6402;

HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. São Paulo: Marcial Pons, 2016;

INCOTT, Paulo. **O caputl do art. 33 da Lei 11.343/06 não traz exemplo de lei penal em branco**. Disponível em : <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/539508613/o->

[caput-do-art-33-da-lei-11343-06-nao-traz-exemplos-de-lei-penal-em-branco?ref=amp](#).
Acesso: 24/01/2021;

KNOPFHOLZ, Alexandre. **Sociedade de riscos e poder de polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo disciplinador**. In Revista de Ciências Penais, vol. 15, jul-dez/2011, p. 13-36;

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. In: Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, ano 12, vol 45, p. 71-99, jan/mar. 2003;

PULITANO, Domenico. **Diritto Penale**. 4ª. ed. Torino: Giappichelli, 2011;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

SOUZA, Sarah Rosignoli. **A acessoriedade administrativa nos crimes de poluição no Direito Luso-Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Lisboa.
Disponível em:
<http://www.terrabilis.org.br/ecotecadigital/images/A%20acessoriedade.pdf>. Acesso:
24/01/2021.