

PETIÇÃO 9.695 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
REQTE.(S) : **PARTIDO DOS TRABALHADORES**
ADV.(A/S) : **ANA LETICIA CARVALHO DOS SANTOS E**
OUTRO(A/S)
REQDO.(A/S) : **JAIR MESSIAS BOLSONARO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

PETIÇÃO. *NOTITIA CRIMINIS*. DIREITO DE PETIÇÃO. CP, ARTIGOS 268 (INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA) E 315 (EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS OU RENDAS PÚBLICAS). FORMAÇÃO DA *OPINIO DELICTI* PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONCLUSÃO PELA ATIPICIDADE DAS CONDUTAS NOTICIADAS. DUBIEDADE NAS PREMISSAS E CONCLUSÕES. QUESTÕES DE ORDEM TÉCNICA. REABERTURA DE VISTA PARA NOVA MANIFESTAÇÃO DO *PARQUET*.

Vistos etc.

1. Defiro a juntada do documento protocolado sob o número 0087746/2021 (Abrasco/SE OFÍCIO 055/2021).

2. Trata-se de petição por meio da qual o Partido dos Trabalhadores noticia o cometimento, em tese, dos crimes capitulados nos artigos 268 e 315 do Código Penal pelo Presidente da República, JAIR MESSIAS BOLSONARO.

A hipótese noticiada é a de que o Chefe do Poder Executivo estaria “*encorajando seus apoiadores a desrespeitarem as recomendações e as medidas adotadas pelo Poder Público em defesa da saúde da população*”, ao promover e participar, sem o uso de máscara de proteção facial, de atos públicos com aglomeração de pessoas. Para tanto, teria direcionado “*de forma irregular, o*

PET 9695 / DF

uso de dinheiro público para garantir condições à sua participação, gerando um duplo prejuízo à população, tanto no campo da saúde pública, quanto no orçamento”.

O Ministério Público Federal, em manifestação da Subprocuradora-Geral da República Lindôra Maria Araujo, postulou pela “*negativa de seguimento à petição, em face da atipicidade dos fatos noticiados*”. Apoiou seu pleito nas seguintes premissas: (i) o mero descumprimento de medidas sanitárias preventivas não se amolda ao tipo penal do artigo 268 do CP, devendo-se aferir concretamente a lesividade do comportamento; (ii) o caráter fragmentário do Direito Penal desautoriza a criminalização da conduta noticiada; (iii) o tipo penal em questão exige caracterização concreta da situação de perigo gerada pela ação alegadamente criminosa; (iv) não existe unanimidade científica sobre a eficácia do uso de máscaras como medida de contenção da pandemia da COVID-19; (v) os eventos noticiados foram ao ar livre, com reduzido risco de propagação do vírus; (vi) a aglomeração de pessoas não pode ser atribuída exclusiva e pessoalmente ao Presidente da República; (vii) a Portaria Interministerial nº 9/2020 deixou de prever a persecução penal como possível medida passível de adoção em desfavor de infratores das medidas sanitárias; (viii) a Lei nº 13.979/2020, que impõe o uso de máscara, demandaria notificação individualizada dos cidadãos e o Presidente da República não foi a tanto notificado. Sobre o emprego irregular de verbas públicas, aduziu inexistirem indícios mínimos da prática delitiva.

3. Como regra, a jurisprudência desta Suprema Corte reputa inviável a recusa a pedido de arquivamento de inquérito ou de peças de informação deduzido pelo Ministério Público, quando ancorado na ausência de elementos suficientes à persecução penal (Inq 4.134/DF, Rel. Min. *Celso de Mello*, DJe 13.06.2018; Inq 4.178/PE, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, DJe 10.02.2016; Inq 3.563/PR, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 07.03.2014; Pet 5.566/RJ, de minha relatoria, DJE 05.08.2015; Inq 4.087/MG, Rel. Min. *Teori Zavaski*, DJe 01.02.2017; Inq 4.532/RJ, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe

PET 9695 / DF

26.10.2017; Inq 4.620/SP, Rel. Min. *Roberto Barroso*, DJe 20.04.2018; Inq 4.410/DF, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe 13.09.2018; Pet 7.786/DF, Rel. Min. *Edson Fachin*, DJe 07.02.2019; e Inq 4.452/DF, de minha relatoria, DJe 18.02.2019).

Apesar disso, em duas situações cabe ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do mérito do pedido de arquivamento, a saber, quando fundado na **atipicidade da conduta** ou na **extinção da punibilidade do agente**, hipóteses nas quais se operam os efeitos da coisa julgada material (Inquérito 1.604, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Pleno, DJ 13.12.2002).

Como relatado, a promoção ministerial invocou a **atipicidade do comportamento noticiado**, razão pela qual se torna necessário escrutinar as premissas em que se fundou, para o fim de aferir a plausibilidade de suas conclusões.

4. Nesta fase procedimental, a análise da viabilidade do pedido de negativa de seguimento das peças informativas deve ser levada a efeito com parcimônia. Eventual glosa de postulações deste cariz deve reservar-se a hipóteses, em um primeiro olhar, como dito, destituídas de plausibilidade.

Em um Estado Democrático de Direito comprometido com **valores republicanos**, surge como pedra angular do sistema a consagração da **igualdade de todos perante a lei** (CF/88, art. 5º), trazendo consigo uma **cláusula de vedação de tratamentos privilegiados**. Serve, o princípio da isonomia, como uma barreira de contenção aos aplicadores das normas sancionadoras, a inviabilizar a adoção de critérios que excepcionem alguém do estrito cumprimento da lei, impedindo a introjeção no sistema de valores axiológicos de caráter segregatório incompatíveis com a inspiração constitucional.

Nesta estrutura normativa republicana e democrática, a **igualdade**

PET 9695 / DF

de tratamento jurídico dos cidadãos brasileiros **é a regra**; a **imunidade** (*ainda que temporária*) de responsabilização, **a exceção**, devendo como tal ser interpretada.

5. Feitos estes apontamentos teóricos, passo à análise da hipótese posta em apreciação, desde já registrando que os **eixos de sustentação** do parecer ministerial estão a revelar **dubiedades** que, a meu sentir, devem ser objeto de esclarecimentos.

5.1. A primeira delas é a premissa de que *“para que haja consumação do crime de infração de medida sanitária preventiva (...) faz-se necessário, por força do princípio da fragmentariedade, que se crie, de fato, situação de perigo para a saúde pública”*.

Para esclarecer o discurso técnico-jurídico empregado, até mesmo porque o tema é de inegável interesse público, registro que a **proposição ministerial** é no sentido de se interpretar o crime do artigo 268 do Código Penal como um delito que **não se consuma com a mera infringência** da determinação sanitária do poder público, demandando, além disso, **prova concreta do perigo à saúde pública** gerado pelo comportamento transgressor.

Essa premissa é justamente a que dá suporte à conclusão de que eventual infringência a determinação de uso de máscara de proteção facial *“não se reveste da gravidade própria de um crime, por não ser possível afirmar que, por si só, deixe realmente de impedir a introdução ou propagação da COVID-19”*.

Referida construção teórica, analisada contextualmente, gera alguma perplexidade. Em primeiro lugar, porque adota compreensão doutrinária que **reflui contra a corrente majoritária** a respeito das características típicas do crime em análise. Ao comentar o tipo penal em obra de referência sobre a matéria, Néelson Hungria lecionava que:

PET 9695 / DF

“O crime consuma-se com o simples fato da transgressão da medida ou determinação. Esta deve ter caráter *obligatório* (quer no sentido de um *facere*, quer no de um *omittere*) e não de mero *conselho* ou *advertência*. **O perigo comum é, no caso, presumido de modo absoluto. Não é necessário que sobrevenha efetivamente a introdução ou propagação da doença.** (...) O elemento subjetivo é, tão somente, o dolo genérico, ou seja, a vontade consciente e livre de transgredir a determinação oficial. O erro quanto ao alcance desta, no tempo ou no espaço, pode excluir o dolo.”

(HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX, arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense. 1958, p. 101-2, sem negrito no original).

Na obra coletiva *Código Penal e sua interpretação*, coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco, também há referência à **posição majoritária da doutrina** e às suas consequências jurídicas, no que diz com o **momento consumativo** da conduta tipificada no artigo 268 do Código Penal:

“Admitindo-se a posição da doutrina majoritária, de que se trata de crime de perigo abstrato, **o crime se consuma com a violação da determinação do poder público, independentemente de ocorrência da introdução ou propagação da doença contagiosa.**”

(FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1290, sem negrito no original)

A mesma linha de compreensão emerge de trabalhos doutrinários produzidos posteriormente ao reconhecimento da infecção responsável pela COVID-19 como uma pandemia (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *Análise dogmática da aplicação de determinados tipos penais em face da*

PET 9695 / DF

epidemia de COVID-19. In: Revista Magister de direito penal e processual penal, v. 17, n. 98, p. 119-149, out./nov. 2020; LEITE, Gisele. Direito penal e o combate ao Covid-19. In: Revista Síntese de direito penal e processual penal, v. 21, n. 123, p. 49-56, ago./set. 2020; NUCCI, Guilherme de Souza. A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal. In: Revista dos tribunais, v. 109, n. 1015, p. 349-352, maio 2020; POZZO, Augusto Neves dal; CAMMAROSANO, Márcio. O poder de polícia como ferramenta de contenção da pandemia. Sobreposição do direito à vida às demais garantias constitucionais. In: As Implicações da COVID-19 no Direito Administrativo, ed. 2020. Revista dos Tribunais. Pag. RB-34.1. Acessível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/244477547/v1/page/RB-34.1>; SALIM, Alexandre. Direito penal em tempos de coronavírus. In: Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020, p. 223-233; BITENCOURT, Daniela; LIMA, Leonardo Romero. Aspectos criminais no período da pandemia. In: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 70, n° 516, outubro de 2020, pp. 81-98).

Esta compreensão termina por limitar o âmbito cognitivo dos atores do sistema de justiça, quando da apreciação da conduta alegadamente praticada, a questões afetas à **competência** da autoridade que impôs a medida sanitária e aos **limites** do exercício de seu poder de polícia. A margem de conformação da atuação ministerial e judicial **não engloba um juízo de conveniência** a respeito da medida sanitária adotada:

“A *competência* da autoridade de que emana a determinação, bem como a *permissibilidade* ou *legitimidade* da determinação (cabimento nos limites do *poder de polícia*), pode ser examinada pelo juiz; **já não assim, porém, a conveniência da medida tomada.** A intercorrente cessação da determinação administrativa não importará extinção de punibilidade da infração ocorrida ao tempo de vigência dela (...).”

(HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX,

PET 9695 / DF

arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense. 1958, p. 101-2, sem negrito no original).

O motivo para que não se delegue aos atores do sistema de justiça penal competência para auditar a conveniência de medidas desta natureza é elementar: eles não detêm conhecimento técnico para tanto; falta-lhes formação nas ciências voltadas a pesquisas médicas e sanitárias.

O reconhecimento das limitações individuais dos atores sociais é, a propósito, uma poderosa ferramenta na construção de uma organização coletiva saudável. Em uma sociedade hipercomplexa, com um imenso volume de informações e experiências, reconhecer a interdependência técnica das diversas áreas do conhecimento humano para a solução de problemas que lhes são afetos é um ato de humildade e, no limite, de sobrevivência e evolução da própria espécie.

5.2. A estruturação do tipo penal do artigo 268 do Código revela a consciência do legislador sobre o papel desempenhado pelos atores dos diversos sistemas sociais (o sanitário, o médico, o jurídico, etc.). Por isso, em um contexto de *“introdução ou propagação de doença contagiosa”*, parece ter reputado que a **mera infringência da determinação sanitária** do poder público contém intensidade suficiente para ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal (no caso, a saúde pública). Dito de outro modo, parece ter estabelecido **presunção legal** de que a determinação imposta pelas autoridades sanitárias competentes é, de fato, meio eficaz e apropriado para a contenção do contágio.

Transcrevo a conduta tipificada na norma penal:

“Infração de medida sanitária preventiva

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.

PET 9695 / DF

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.”

Por razões nele próprio não esclarecidas, o parecer ministerial adota premissa que, aparentemente, conflita com essas mesmas bases. Não que seja impróprio acolher corrente minoritária para defender determinada conclusão no processo de formação de sua opinião sobre o delito. Apesar disso, a sistemática processual de submissão de suas conclusões ao Poder Judiciário impõe ao órgão de acusação **fundamentação suficiente** das razões pelas quais se atingiu o convencimento.

5.3. A adoção, pelo Ministério Público, da premissa de que a consumação do crime em análise demandaria examinar a ocorrência do **perigo concreto** gerado pela conduta narrada na inicial impôs ao *Parquet* adentrar em **discussão técnico-científico de solução inegavelmente complexa**, qual seja: perquirir se o uso de máscara de proteção facial é, efetivamente, um meio eficaz de contenção da pandemia da COVID-19.

Se a resposta for afirmativa, estaria justificada a medida sanitária determinada pelo poder público e, por via de consequência, o perigo concreto à saúde pública gerado por seu descumprimento. Por outro lado, se negativa, estaria demonstrado o despropósito da obrigação imposta e, conseqüentemente, a ausência de perigo decorrente de sua infringência.

Nessa análise, mesmo a corrente que enxerga a necessidade de **demonstração concreta do perigo** à saúde pública gerado pela conduta infringente, **limita a conclusão de descaracterização do delito** pela ausência de lesividade do comportamento a **situações limítrofes**, nas quais as determinações sanitárias são despidas de qualquer razoabilidade.

A propósito, cito o exemplo trazido por Gustavo N. Forte no artigo

PET 9695 / DF

“Reflexos penais do descumprimento de medidas sanitárias preventivas à disseminação da COVID-19: requisitos para aplicabilidade do artigo 268 do Código Penal”, publicado em obra de autoria coletiva coordenada por Modesto Carvalhosa e Fernando Kuyven:

“No caso do artigo 268 do Código Penal, por se tratar de norma penal em branco, é necessário que ingressemos no conteúdo material da norma que complementa o tipo penal, ou seja, da determinação sanitária desrespeitada, para avaliar se a conduta será materialmente típica. Conforme já destacado, as leis penais em branco têm seu conteúdo incompleto, sendo imprescindível o conhecimento da norma complementar para a descrição da conduta proibida.

De fato, **não se verifica razoável**, nem proporcional o emprego da prisão ou de outras sanções penais a indivíduos que descumpram **medida sanitária de baixa eficácia**, cujo descumprimento **não traga risco efetivo ao bem jurídico protegido**, ainda mais no atual contexto de incerteza e insegurança jurídica proporcionada pela variedade e diversidade das disposições normativas dos diferentes entes federativos.

Assim, o desrespeito a eventual ordem de autoridade pública que, embora emanada com o afirmado objetivo de reduzir o contágio de moléstia infecciosa, mas que, na prática, **não se preste minimamente a esse propósito**, não será apto a configurar o crime. **A título de exemplo**, podemos imaginar alguma autoridade que **proíba pessoas de manterem contato telefônico com outras**, com o objetivo de coibir a proliferação da epidemia. Ora, a medida é absolutamente inócua para o fim a que se destina. Seu descumprimento não traria, sequer abstratamente, **risco ao bem jurídico tutelado**, que é a saúde pública, uma vez que **não há hipótese de contágio por conversa telefônica**. Assim, embora se pudesse considerar que formalmente a conduta preenche o tipo penal, não há tipicidade material, de modo que não há crime (...).”

(FORTE, Gustavo N. *Reflexos penais do descumprimento de*

PET 9695 / DF

medidas sanitárias preventivas à disseminação da COVID-19: requisitos para aplicabilidade do artigo 268 do Código Penal. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19*, Ed. 2020, Revista dos Tribunais, p. RB-32.2, Acessível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/243375361/v1/page/RB-32.2>)

No caso concreto, a conclusão a que chegou a Procuradoria-Geral da República foi a de que *“inexistem trabalhos científicos com alto grau de confiabilidade em torno do nível de efetividade da medida de proteção”*. Esta mesma conclusão permitiu o encadeamento do raciocínio de que *“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”*.

Como visto, a própria **discussão sobre a eficácia do uso de máscara** como medida sanitária preventiva, dispensável no caso de adotar-se a corrente majoritária, que reconhece no tipo penal uma presunção legal de perigo da conduta, **foi colocada pelo Ministério Público no centro do debate**.

Bem por essa razão, sem antecipar juízo prévio sobre o tema, entendo pertinente que a Procuradoria-Geral da República **melhor esclareça o embasamento de sua conclusão** no sentido do questionável *“grau de confiabilidade em torno do nível de efetividade da medida de proteção”*.

Não se pode ignorar, em absoluto, o relevantíssimo papel da Instituição na defesa dos *“interesses sociais e individuais indisponíveis”* (CF, art. 127). Esta atribuição constitucional, inclusive, canaliza no Ministério Público sensíveis incumbências na área da saúde pública, cabendo-lhe a fiscalização, a orientação e o direcionamento das ações do poder público. Nesse contexto, suas manifestações geram potencial influência sobre comportamentos de atores públicos e privados, razão pela qual a clareza

PET 9695 / DF

em seus processos decisórios é ativo de interesse público.

5.4. Finalmente, as conclusões de que a Portaria Interministerial nº 9/2020 teria deixado de prever a persecução penal como possível medida passível de adoção em desfavor de infratores das medidas sanitárias e de que a Lei nº 13.979/2020, que prevê o uso de máscara, demandaria notificação individualizada dos cidadãos, **porque estritamente jurídicas e não eivadas das mesmas dubiedades** das anteriormente expostas, **serão examinadas no momento apropriado**, quando da análise do mérito da manifestação do *Parquet*.

6. Ante o exposto, antes de apreciar a alegada (a)tipicidade do comportamento noticiado e considerando a juntada de documento novo desde a última manifestação ministerial, determino a **reabertura de vista** dos autos à Procuradoria-Geral da República, oportunizando-lhe nova manifestação sobre os pontos ainda irresolutos.

Brasília, 1º de outubro de 2021.

Ministra Rosa Weber

Relatora

Impresso por: 073373351423 Pet 9695
Em: 01/10/2021 19:55:19