



Poder Judiciário - Tribunal de Justiça Estado da Paraíba
Justiça Comum de 1ª Instância
2ª Vara Criminal de João Pessoa

Nº DO PROCESSO: 0803906-47.2021.8.15.2002

INQUÉRITO POLICIAL (279)

INDICIADO: INVESTIGADO: JOCELIO COSTA BARBOSA

Vistos.

Trata-se de denúncia formulada pelo MP, em face de JOCÉLIO COSTA BARBOSA, ao qual atribui a prática dos delitos descritos no art. 268 do Código Penal e no art. 68 do Código de Defesa do Consumidor.

Aduz a peça acusatória, em síntese que, no dia 21 de fevereiro de 2021, das 16:00h às 22:00h, o acusado manteve aberto o Bar do Cuscuz Praia Restaurante LTDA, localizado na Avenida Cabo Branco, 3056, bairro do Cabo Branco, nesta capital, estabelecimento de sua propriedade, em desacordo com o Decreto n. 9.674, de 26 de janeiro de 2021, do Município de João Pessoa/PB, que estabelecia, como condição para funcionamento de bares e restaurantes da cidade, a ocupação máxima de 50% e a distância mínima entre as mesas de 1,5 metros.

Após lúcido histórico da situação atual de gravidade experimentada de forma global pela infecção do vírus COVID-19, quanto ao número de mortos e infectados, que alcança índices alarmantes ao redor do mundo, bem como acerca das medidas assecuratórias adotadas pelas autoridades públicas, à luz das diretrizes apresentadas pela OMS, a representante do Parquet informa que o réu, afrontando as determinações do Decreto n. 9.674, de 26 de janeiro de 2021, no dia do fato, em que houve a partida de futebol entre o Clube de Regatas do Flamengo (RJ) e o Sport Club Internacional (RS), proporcionou até mesmo uma promoção, oferecendo, gratuitamente, um chopp para cada pessoa que estivesse com a camisa de um dos times na hora do gol, atraindo mais pessoas ao estabelecimento.

Colacionou fotos do estabelecimento, nas quais é possível visualizar a aglomeração de pessoas em desrespeito às determinações do decreto, pois que perceptível a inobservância do distanciamento mínimo e uso de máscara.

Decido.



Entendo que existe na análise do fato e da hierarquia das normas que regulam o caso concreto a imprescindibilidade de se ponderar acerca da legalidade da imputação, tendo em vista que o titular da ação penal considera que o réu estaria incurso na prática do art. 268 do CP, em virtude do descumprimento do Decreto n. 9.674, de 26 de janeiro de 2021, do Município de João Pessoa/PB.

Isso porque a Constituição Federal reconhece em seu art. 5º, entre outros direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, o direito à propriedade (caput), ao livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, à intimidade, à vida privada e à honra, e à livre locomoção no território nacional em tempo de paz.

Desse modo, conforme prescrito nos arts. 136 e 137 da CF, somente durante os Estados de Defesa e de Sítio, é que tais garantias fundamentais podem ser mitigadas.

Assim, não obstante a compreensão do estado calamitoso enfrentado com a pandemia, é certo que somente com a decretação de um desses regimes de exceção pelo Presidente da República e sua aprovação pelo Congresso Nacional estaria autorizada a enfrentar a situação que se apresenta no caso, de forma diversa.

De fato, entendo que não obstante a irresponsável, desrespeitosa, inconsequente e tantos outros adjetivos que possam desqualificar a atuação do acusado, qualquer restrição desprovida do amparo constitucional e, *in casu*, amparado em norma complementar estranha à exigida pelo art. 268 do CP, revela-se inconstitucional.

No caso em tela, imputar ao réu a prática de um crime pelo descumprimento de um decreto, afigura-se ainda mais grave, tendo em vista que o direito penal é matéria alicerçada no princípio da legalidade, ao passo que um decreto, no máximo tem poder de regulamentar o cumprimento de uma lei, não lhe permitido criar obrigações não previstas em lei.

Assim, entendo que o decreto da prefeitura deve ser observado para conferir ao poder público e à sociedade os meios para cumprir as determinações contidas na Lei Federal 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, inclusive por meio de sanções administrativas, mas não alcança respaldo legal para ensejar eventual condenação do acusado pela suposta prática do art. 268 do CP.

É, inclusive, o que decorre do art. 5º, II da CF, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de LEI.

Além disso, não há que se falar de reconhecimento da prática de crime, por meio de decreto municipal, quando a Constituição Federal é clara quanto à distribuição da competência legislativa, dispondo em seu art. 22, I, competir, PRIVATIVAMENTE À UNIÃO LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL.



Como exceção a essa regra, o p. único do art. 22 da CF dispõe que lei complementar federal pode autorizar os Estados-membros a legislar sobre Direito Penal, porém, somente em questões específicas de interesse local, como, por exemplo, sobre trânsito em uma determinada localidade, sobre meio ambiente em uma região etc. Portanto, tratando-se de uma pandemia, não havendo, por óbvio, que se falar em interesse local, sequer os Estados estariam autorizados a legislar sobre temas fundamentais do Direito Penal, que dirá um município.

Assim, pelas razões ora elencadas e diante da manifesta inconstitucionalidade do decreto já referido, nulo de pleno direito, não se afigura a tipicidade do fato, de modo que os elementos imprescindíveis à caracterização do tipo penal imputado na denúncia – crime de Infração de medida sanitária preventiva, art. 268 do CP – não se caracterizam no caso em análise.

De fato, admitir que o descumprimento de um decreto do poder executivo local venha a ser considerado prática de crime seria uma subversão ao ordenamento jurídico.

O fato que o MP indica estar capitulado no art. 268 do CP é, portanto, atípico.

Nesse sentido, o Juiz de Direito da Vara de Ribeirão Preto/SP, ao analisar a prisão em flagrante de comerciante preso em virtude do descumprimento do decreto do Governo Estadual, determinando o fechamento de estabelecimentos comerciais como medida de enfrentamento à pandemia, nos autos do Auto de Prisão em Flagrante nº 1500618-23.2021.8.26.0530, no último dia 17/03/2021, assim se manifestou:

“Vistos.

Trata-se de comunicação de prisão em flagrante de EDUARDO JOSÉ CORNÉLIO DE OLIVEIRA, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 268, 286 e 330 do Código Penal.

Dispensada a realização de audiência de custódia, nos termos do Provimento CSM 2.548/2020 e do Comunicado CG 232/2020, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional da Justiça.

A Defensoria Pública pleiteou a concessão de liberdade provisória ao preso, sustentando a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, enquanto o Ministério Público pugnou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em suma, por ter o indiciado reiterado o descumprimento de determinações sanitárias e incitado outros comerciantes a fazerem o mesmo, em desrespeito aos decretos de calamidade pública.

A prisão em flagrante comunicada é manifestamente ilegal e deve ser relaxada, nos termos do art. 5º, inciso LXV, da Constituição da República, e do art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal.



De acordo com a capitulação jurídica atribuída pela autoridade policial, a conduta do preso, consistente em manter seu estabelecimento comercial aberto, em desobediência à "determinação do Governo Estadual", que ordenou o fechamento do comércio na chamada "Fase Emergencial" da pandemia de Covid-19, e ter incitado outros comerciantes a fazerem o mesmo, teria caracterizado os crimes definidos nos artigos 268, 286 e 330 do Código Penal.

A Constituição da República, em seu art. 5º, reconhece, entre outros, os direitos fundamentais, inerentes a dignidade humana, à propriedade (caput), ao livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII), a intimidade, a vida privada e a honra das pessoas (inciso X) e a livre locomoção no território nacional em tempo de paz (inciso XV).

Conforme ressabido, de acordo com os artigos 136 e 137 da Magna Carta brasileira, as únicas hipóteses em que se podem restringir alguns dos direitos e garantias fundamentais são os chamados Estado de Defesa e o Estado de Sítio, cuja decretação compete ao Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional, nos termos dos mesmos dispositivos constitucionais citados.

Atualmente, não vigora nenhum desses regimes de exceção no Brasil, de modo que o direito ao trabalho, ao uso da propriedade privada (no caso, o estabelecimento comercial) e a livre circulação jamais poderiam ser restringidos, sem que isso configurasse patente violação as normas constitucionais mencionadas.

Veja-se que nem a lei poderia fazê-lo, porque, não havendo decreto presidencial, aprovado pelo Congresso Nacional, reconhecendo Estado de Defesa ou Estado de Sítio e estabelecendo os limites das restrições aplicáveis, esta lei seria inconstitucional.

No presente caso, o que ocorre e mais grave: tal proibição foi estabelecida por decreto do Poder Executivo.

O decreto governamental é instrumento destinado exclusivamente a conferir fiel cumprimento à lei; presta-se unicamente a regulamentá-la. Não lhe é permitido criar obrigações não previstas em lei (o chamado "decreto autônomo").

É o que decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição da República, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Portanto, o decreto em que se fundou a prisão do indiciado, pelas razões até aqui expostas, e manifestamente inconstitucional, e, portanto, nulo de pleno direito, de modo que os elementos imprescindíveis à caracterização dos tipos penais imputados pela autoridade policial ao indiciado - "determinação do poder público" (art. 268 do CP), "prática de crime" (art. 286 do CP) e "ordem legal" (art. 330 do CP) evidentemente não se concretizaram no caso em análise.

De fato, como admitir: (1) que um decreto do Poder Executivo, cujo teor viola francamente o texto constitucional, possa ser considerado validamente uma "determinação do poder público"; (2) que seu descumprimento possa ser considerado "prática de crime"; e (3) que a ordem emanada de funcionário público para seu cumprimento seja uma "ordem legal"?

Admiti-lo equivaleria a total subversão do ordenamento jurídico.

O fato praticado pelo indiciado, portanto, é notoriamente atípico.



Não bastasse, o Supremo Tribunal Federal já decidiu com bastante clareza, na ADI 6341 (Rel. Min. Marco Aurelio, redator do acórdão Min. Edson Fachin), que as medidas adotadas pelas autoridades governamentais no combate a pandemia de Covid-19 devem ser devidamente justificadas, obedecer aos critérios da Organização Mundial da Saúde e gozar de respaldo científico.

Eis a ementa do mencionado precedente, com destaques nossos:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as ações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.



8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Ora, estudos científicos, nacionais e estrangeiros, a exemplo daqueles desenvolvidos por pesquisadores da Universidade Federal de Pernambuco¹, pela Universidade de Stanford² e pela revista científica britânica Nature³, têm demonstrando a ineficácia de medidas como as estabelecidas nos decretos governamentais em questão, ou do chamado lockdown, na contenção da pandemia.

E a Organização Mundial da Saúde já apelou aos governantes para que deixem de usar o lockdown, medida que "tem apenas uma consequência que você nunca deve menosprezar: torna os pobres muito mais pobres".⁴

Qual, então, o respaldo do decreto governamental, no qual se fundou a prisão do indiciado, diante da Constituição da República, da decisão do Supremo Tribunal Federal pertinente ao tema, das orientações da Organização Mundial da Saúde e da ciência?

Absolutamente nenhum.

Ante o exposto, dada a manifesta ilegalidade da prisão em flagrante do indiciado, determino seu imediato RELAXAMENTO, com fulcro no art. 5º, inciso LXV, da Constituição da República, e no art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura.

Reconhecida a ilegalidade da prisão em flagrante, por consequência, deve ser reconhecida também a ilegalidade da apreensão dos bens pertencentes ao indiciado, descritos no auto de exibição e apreensão de fls. 14/15. Determino, pois, a imediata restituição dos referidos bens apreendidos indevidamente.

Expeça-se o necessário. Cumpra-se.

Intimem-se.

Ribeirão Preto, 17 de março de 2021.

Giovani Augusto Serra Azul Guimarães

Juiz de Direito

1 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3706464

2 <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/eci.13484>

3 <https://www.nature.com/articles/s41598-021-84092-1>

4 <https://frontliner.com.br/oms-condena-lockdown-nao-salva-vidas-e-torna-os-pobres-muito-mais-pobres/>

Nesse viés, o art. 395 do CPP, acerca da admissibilidade da denúncia ou queixa-crime, dispõe:



Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

(...)

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Entendo, pois, por todo o exposto, que carece justa causa ao exercício da ação penal, no que diz respeito à imputação do art. 268 do CP ao acusado.

Assim, rejeito a denúncia quanto ao art. 268 do Código Penal.

Restando a imputação do art. 68 do Código de Defesa do Consumidor, ao qual é prevista pena de detenção de seis meses a dois anos e multa, a teor do contido no art. 61 da lei 9099/95, determino a remessa dos autos ao JECRIM desta comarca, tendo em vista ser competente para julgar os feitos de menor potencial ofensivo.

Publicada eletronicamente. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, remetam-se os autos ao Juizado Especial Criminal da Capital.

João Pessoa, 22 de março de 2021.

GABRIELLA DE BRITTO LYRA LEITÃO NÓBREGA

Juíza de Direito - Portaria GAPRE 264/2021

“Documento datado e assinado eletronicamente – art. 2º, Lei. 11.419/2016”

