

## Thiago Filippo: A Covid-19 e a infração de medida sanitária preventiva

O delito de infração de medida sanitária preventiva, previsto no artigo 268 do Código Penal, adquire realce no atual contexto pandêmico causado pelo novo coronavírus (Covid-19) porque ele é expressamente previsto por diversos atos normativos como uma das consequências do descumprimento de deveres individuais relacionados ao isolamento social, exames e tratamentos médicos específicos, obrigatório de máscaras de proteção facial [2].



No entanto, é curioso notar que, invariavelmente, o suposto

cometimento do crime do artigo 268 do CP não é o único efeito do descumprimento, porque as portarias e decretos estabelecem uma série de outras sanções, penais e extrapenais, relativamente à violação de um mesmo dever. O próprio artigo 3º da Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março, estabelece a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes que infringirem os comandos do artigo 3º da Lei Federal 13.979/2020. Especificamente no que toca à medida de quarentena, o artigo 5º da citada portaria também contempla a possibilidade de cometimento dos crimes do artigo 268 e também de desobediência (artigo 330 do CP). Situação semelhante ocorre com o Decreto 64.959, de 4 de maio, do governador do Estado de São Paulo, que, relativamente ao descumprimento da determinação de uso obrigatório de máscaras de proteção facial comina as penalidades do Código de Defesa do Consumidor [3], do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo [4] e do Código Sanitário paulista [5], sem prejuízo de, "*em todas as hipóteses, do disposto nos artigos 268 e 330 do Código Penal*".

Ocorre que a referência à possibilidade de cometimento do crime do artigo 268 do CP com outras sanções, penais e extrapenais, implica violação ao princípio do *ne bis in idem*. Este, em sua dimensão processual, mais tradicional, traduz a ideia de que ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato. No Brasil é garantia constitucional implícita [6], apesar de seu reconhecimento expresso por alguns diplomas internacionais importantes, como estabelece o artigo 20 do Estatuto de Roma [7], e de constar do rol de garantias individuais da *Bill of Rights*, que compõe a Constituição dos Estados Unidos, uma das primeiras constituições escritas do mundo [8]. Ao lado de sua dimensão processual, destaca-se sua vertente material, que informa que uma mesma conduta não pode receber dupla imputação em torno da sua tipicidade e antijuridicidade [9].



A dimensão material do *bis in idem* impede que, em razão de uma mesma conduta, ocorram dois ou mais tipos penais. Por isso, não é correto eventual concurso entre os crimes dos artigos 268 e 330 do CP. Entre ambos, prevalece o primeiro delito, devido ao princípio da especialidade que, ao procurar resolver conflitos aparentes de normas, informa que a norma especial (*lex specialis*) deve afastar a incidência da norma geral (*lex generalis*) [10].

Mas a concretização do *ne bis in idem* material extrapola as fronteiras da tipicidade penal, obstando que, como regra, de uma mesma ofensa decorram violações penais e administrativas, devendo o legislador ou a autoridade com atribuição para a edição do ato optar entre uma ou outra consequência, observando, em todos os casos, o caráter subsidiário da intervenção penal [11]. Naturalmente que as consequências penais podem ser até menos gravosas do que as administrativas, mas, ainda assim, deve se atentar para o seu caráter subsidiário, porque ela é a única modalidade de intervenção que representa potencial ameaça de prisão pelo descumprimento das penas alternativas, sem contar o seu efeito estigmatizador.

Muito embora no Brasil o tema ainda não tenha provocado grandes discussões [12] e a jurisprudência pátria pareça aceitá-la resignadamente sob o argumento de independência entre as instâncias [13], na doutrina europeia, por exemplo, tem prevalecido a concepção unitária do *ne bis in idem*, defensora da inexistência de diferença material ou qualitativa entre os ilícitos penais e administrativos [14], enxergando-os como expressão de uma mesma singularidade, construídos a partir de uma interpretação extensiva do artigo 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia [15].

Nesse sentido, calha destacar o artigo 45.3 da Constituição Espanhola, que estatui expressamente a impossibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais relativamente aos danos causados ao meio ambiente [16], bem como a própria jurisprudência de seu Tribunal Constitucional, que tem proibido a duplicidade de sanções administrativas e penais relativamente aos mesmos fatos, à exceção das denominadas *relações de sujeição especial* [17]. Situação semelhante se verifica na Itália, que, à luz da vedação ao *doppio giudizio* contemplado pela Seção 9 da Lei 689/81 [18], também observa a regra de impossibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais relativamente aos mesmos fatos, assim como na Alemanha, que proíbe, em geral, a aplicação de pena e da sanção contraordenacional [19]. Obviamente que há temperamentos à regra da proibição de cumulação de sanções [20], porém de há muito se reconhece no cenário europeu a transversalidade material do *ne bis in idem*, que implicaria limitações punitivas intersistêmicas, ou seja, não limitadas aos confinamentos das instâncias penal e administrativa.

No Brasil, como se afirmou, as instâncias penal e administrativas são vistas até o momento como compartimentos estanques para o reconhecimento do *ne bis in idem* material. Sem embargo, neste país existe, desde há muito, uma forma embrionária de aplicação de *ne bis in idem* material no entendimento, relativamente ao crime de desobediência, da proibição de sua incidência conjunta com sanções administrativas, salvo quando a lei expressamente fizer a ressalva da cumulação [21]. Essencialmente, o crime do artigo 268 do CP não diverge do crime do artigo 330 do CP porque o primeiro nada mais é do que uma desobediência voltada a um conceito muito específico de infração a medida sanitária preventiva, de maneira que lhe deve ser endereçada a mesma compreensão. Com isso, afasta-se a cumulação de sanções penais e administrativas, quer seja em decorrência do entendimento vanguardista do *ne bis in idem* material, quer seja pela filigrana em torno do crime de desobediência.



De todo o modo, sem embargo de o contexto pandêmico destacar a premência da tutela da saúde pública, sua proteção não dispensa a racionalidade e o respeito aos princípios penais, o que afasta a possibilidade de aplicação conjunta das penas cominadas ao crime de infração de medida sanitária preventiva com sanções do crime de desobediência e penalidades administrativas, em atenção à dimensão material do *ne bis in idem*.

[1] Conforme preceitua o artigo 4º da Portaria Interministerial n. 5, de 17.03.2020, que remete ao inciso I e alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III do *caput* do artigo 3º da Lei Federal 13.979, de 06.02.2020.

[2] É o caso, *e.g.*, do item 3 do § 1º do artigo 1º do Decreto 64.959, de 04.05.2020, do governador do Estado de São Paulo.

[3] "Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I – multa; II – apreensão do produto; III – inutilização do produto; IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V – proibição de fabricação do produto; VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII – suspensão temporária de atividade; VIII – revogação de concessão ou permissão de uso; IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI – intervenção administrativa; XII – imposição de contrapropaganda".

[4] Artigo 251 – São penas disciplinares: I- repreensão; II – suspensão; III – multa; IV – demissão; V – demissão a bem do serviço público; e VI- cassação de aposentadoria ou disponibilidade”.

[5] O Decreto 64.959 apenas admite as sanções dos incisos I, III e IX do artigo 112 do Código Sanitário paulista, que são respectivamente as penas de advertência; multa de 10 a 10.000 vezes o valor nominal da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP) vigente; e a interdição total ou parcial do estabelecimento, seções, dependências e veículos.

[6] SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 154.



[7] "Art. 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça".

[8] "No person shall (...) be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb...".

[9] TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 81.

[10] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

[11] O princípio da subsidiariedade, também conhecido como *ultima ratio*, acessoriedade ou intervenção mínima, traduz a ideia por meio da qual "o processo de criminalização tem seu limite justamente no fato de o conflito poder ser solucionado por outro meio menos gravoso" (TAVARES, Juarez, *op. cit.*, p. 76).

[12] Destacam-se, contudo, dois trabalhos brasileiros que escrutinam a impossibilidade, como regra de cumulação de sanções administrativas e penais: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador. Ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013; e SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[13] Basta observar a reafirmação da constitucionalidade do artigo 12 da Lei Federal 8.429, tendo como paradigma o julgamento do Recurso Extraordinário 976.566-PA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13.09.2019, fixou-se a Tese de Repercussão Geral 576, *in verbis*: "O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.492/1992, em virtude da autonomia das instâncias".



[14] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. *Direito penal, direito administrativo sancionador e a questão do ne bis in idem: o parâmetro da jurisprudência internacional*. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza e MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 289-306, 2014, p. 293.

[15] "Art. 50º. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tinha sido absolvido ou pelo qual já tinha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei".

[16] "Artículo 45.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como lo obligación de reparar el daño causado".

[17] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal : comentario a la STC 177/199, de 11 de octubre*. Actualidad Penal, Madrid, v. 1, n. 8, p. 159-178, 2000, pp. 161-162.

[18] "9. Principio di specialità. Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale (...)".

[19] COSTA, Helena Regina Lobo da, *op.cit.*, p. 203.

[20] A Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, tem alargado consideravelmente a possibilidade de acumulação das sanções penais e administrativas em matérias pontuais, especialmente em temas como abuso de mercado e questões tributárias (BOLIS, Samuel. *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vexata quaestio del ne bis in idem?* Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, Padova, v. 30, 3-4, p. 383-432, 2017, p. 385).

[21] Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do artigo 330" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Vol. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420). Na jurisprudência: "Não há crime de desobediência (CP, artigo 330), no plano da tipicidade penal, se a inexecução da ordem, emanada de servidor público, revelar-se possível de sanção administrativa prevista em lei, que não ressalva a dupla punibilidade" (STF, HC 88452-RS, 2a T., Rel. Min. Eros Grau, j. 02.05.2006). E: "A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista cominação de sanção específica" (STJ, AgRgREsp 1.417.410-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16.12.2014).

**Date Created**

05/06/2020