



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA ESTADUAL**  
**Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**  
**Gab 01 - 3ª Turma Recursal - Florianópolis (Capital)**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003279-18.2020.8.24.0048/SC**

**PROCESSO ORIGINÁRIO:** Nº 5003184-85.2020.8.24.0048/SC

**RELATOR:** JUIZ DE DIREITO ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

**APELANTE:** GUILHERME CHIMINELLI (ACUSADO)

**APELADO:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

**EMENTA**

**PENAL. COVID. NEGATIVA DO USO DE MÁSCARA. CONDENAÇÃO POR VIOLAÇÃO AO ART. 268 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA. AINDA QUE MORALMENTE REPROVÁVEL, A CONDUTA CONSISTENTE DEIXAR DE COLABORAR COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À COVID 19, MATERIALIZADA PELO "NÃO USO" DE MÁSCARA EXTRAPOLA OS LIMITES DO PRECEITO PRIMÁRIO DO ART. 268 DO CÓDIGO PENAL. APROVEITAMENTO ESPÚRIO DE TIPO PENAL ORIENTADO À PROTEÇÃO DE BEM JURÍDICO DIVERSO. SOBREINCLUSÃO DE COMPORTAMENTOS NÃO PREVISTOS NO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. SUPORTE EM MARCELO CATTONI, FREDERICK SCHAUER, NOEL STRUCHINER E JORGE ANDRADE. EXISTÊNCIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA (MULTA) SUFICIENTE. CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL. CONTEXTO DE PANDEMIA QUE NÃO AUTORIZA O APROVEITAMENTO DE TIPOS PENAIIS CRIADOS PARA SITUAÇÃO DISTINTA. RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO, NA FORMA DO ART. 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

As regras prescritivas (que proíbem, obrigam ou autorizam comportamentos) são decorrentes de processo legislativo (o

Legislativo representa o conjunto de preferências coletivas agregadas) em que, dentre as diversas alternativas possíveis, o Parlamento escolhe a que se tornará de observância compulsória (lei). Cada processo legislativo elege a **justificação da norma** (a meta a ser obtida ou o dano a ser evitado) da edição do comando normativo, com o qual as nossas preferências (crenças, opiniões e conhecimento) podem ser dissonantes ou consonantes. A função própria dos procedimentos legislativos é a de promover o debate entre as alternativas e, em seguida, deliberar em nome de todos.

A nomenclatura proposta por *Frederick Schauer* é a de considerarmos a norma como: **a) Sobreinclusiva**: quando o efeito da incidência da regra ao caso analisado excepciona a justificação da norma (objetivos a serem alcançados ou danos a serem evitados); e, **b) Subinclusiva**: quando a regra deixa de fora do seu âmbito de incidência predicados factuais que a “justificação da norma” pretendia abranger.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, 3ª Turma Recursal - Florianópolis (capital) decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto para o fim de absolver o acusado, na forma do art. 386, II, do CPP. ante o exposto, voto por dar/negar provimento ao recurso interposto. Fixo os honorários devidos pelo exercício da defensoria dativa em R\$ 300 (trezentos reais), nos termos do anexo único da Resolução CM n. 1 de 9 de março de 2020. Sem custas e honorários, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de julho de 2022.



**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA ESTADUAL**  
**Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**  
**Gab 01 - 3ª Turma Recursal - Florianópolis (Capital)**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003279-18.2020.8.24.0048/SC**

**PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5003184-85.2020.8.24.0048/SC**

**RELATOR: JUIZ DE DIREITO ALEXANDRE MORAIS DA ROSA**

**APELANTE: GUILHERME CHIMINELLI (ACUSADO)**

## RELATÓRIO

Relatório dispensado (art. 46 da Lei n. 9.099/1995).

### VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por GUILHERME CHIMINELLI contra sentença que julgou parcialmente a denúncia oferecida, condenando o acusado quanto ao delito tipificado no art. 268, do CP.

1. **ADMISSIBILIDADE:** conheço do recurso, porquanto próprio e tempestivo. O fato de a parte ter nominado de Recurso Inominado, mas com indicação expressa dos dispositivos da Lei 9.099/95, deduzido por defensora dativa, conheço do recurso.

2. **OBJETO:** reforma da sentença proferida pelo juízo singular a fim de que seja reconhecida a atipicidade e ausência de provas.

#### 3. MÉRITO:

3.1. **A DENÚNCIA.** Consta na Denúncia: "*No dia 23 de maio de 2020, às 23h49min, na rua do Turismo, s/n, praia da Armação do Itapocorói, em Penha/SC, o denunciado GUILHERME CHIMINELLI, de forma livre, consciente e voluntária, infringiu determinação do poder público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa (COVID-19), uma vez que se aglomerou com outras seis pessoas em espaço público de uso coletivo, na praia, sem fazer o uso de máscara, em descumprimento ao Decreto Estadual n. 562/2020, art. 8º, II, "b" (vigente à época dos fatos)*".

3.2. **A SENTENÇA.** A sentença condenou o arguido: "**ANTE O EXPOSTO**, com fundamento no art. 387 do Código de Processo Penal, **PROCEDENTE** a pretensão punitiva deduzida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina para **CONDENAR** o denunciado GUILHERME CHIMINELLI, já qualificado, por infração ao art. 268 do Código Penal, ao cumprimento de 1 mês de detenção e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, ficando a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direito, consistente em uma prestação pecuniária no importe de 1 (um) salário-mínimo (art. 44, § 2º, CP)".

#### 3.3. MÉRITO.

O tipo penal do art. 268 do Código Penal está situado topologicamente na proteção de bem jurídico vinculado à incolumidade pública (art. 268 - *Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa*). Em consequência, se a

estipulação do tipo penal decorre do que Marcelo Cattoni denomina de "Devido Processo Legislativo" (CATTONI, Marcelo. Devido Processo Legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000), em que as condutas que se pretendia proibir foram previamente debatidas, sem a inclusão do "uso de máscaras", no sentido de impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa) a ampliação das hipóteses de incidência (no caso ausência de uso de máscara), na linha de Frederick Schauer, Noel Struchiner e Jorge Andrade.

A partir da proposta de *Frederick Schauer* (SCHAUER, Frederick. Las reglas em juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004), explicitadas por *Noel Struchiner* (STRUCHINER, Noel. Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Rio de Janeiro: PUC-RIO [Doutorado – Direito], 2005) e *Jorge Alberto de Andrade* (Elogio às Regras: A previsibilidade do Direito em face da coerência normativa em Hart, Maccormick e Schauer. Itajaí: UNIVALI [Mestrado - Direito], 2017), dentro do paradigma “**positivista decisional**”, em que a distinção entre Direito e outras esferas é mantida, na linha do “**positivismo conceitual**” (Direito estável e sem elementos morais) e do “**positivismo normativo**” (com modulações de significado pelos agentes na prática jurídica da sociedade em que vivem, busca-se a produção normativa mais precisa e a redução da discricionariedade judicial, por meio da fixação prévia do conjunto de fontes identificáveis à decisão judicial, principalmente nos casos de antinomia e conflitos de normas), compreender o pressuposto de que as normas jurídicas são produzidas em face de **generalizações** de comportamentos e situações do cotidiano (conjunto de classes com os atributos “x”; hipótese de incidência) que, diante das múltiplas variáveis do mundo, podem ou não ter sido antecipadas/previstas pela norma jurídica.

As **regras prescritivas** (que proíbem, obrigam ou autorizam comportamentos) são decorrentes de processo legislativo (o Legislativo representa o conjunto de preferências coletivas agregadas) em que, dentre as diversas alternativas possíveis, o Parlamento escolhe a que se tornará de observância compulsória (lei). Cada processo legislativo elege a **justificação da norma** (a meta a ser obtida ou o dano a ser evitado) da edição do comando normativo, com o qual as nossas preferências (crenças, opiniões e conhecimentos) podem ser dissonantes ou consonantes. A função própria dos procedimentos legislativos é a de promover o debate entre as alternativas e, em seguida, deliberar em nome de todos.

Devemos tomar cuidado para não confundirmos a “função parlamentar”, com os “parlamentares eventuais”, sob pena de agirmos contra o **Princípio da Legalidade** que deve nos reger. O aprimoramento da função parlamentar não é justificativa válida à inobservância dos comandos normativos. Muitas das posições polarizadas desconsideram o pressuposto da democracia:

o **Princípio da Legalidade**, cuja função é a de conferir **estabilidade** aos padrões de comportamento proibidos, permitidos e obrigatórios, as respectivas sanções e prêmios, pelos quais todos podemos estabelecer expectativas, de boa-fé e com confiança, de que serão observados e garantidos pelos instrumentos processuais disponíveis e pelos agentes estatais (que não agem em nome próprio, e sim na condição de subordinados). Ao mesmo tempo, o aparato normativo autoriza que os agentes processuais (principalmente os públicos) devam realizar juízos de “controle de convencionalidade”, de “constitucionalidade” e de “adequação” aos casos singularizados, a partir da **justificação** de produção da norma. Não podemos confundir esse modo de pensar com as discussões (superadas) acerca da prevalência da “vontade da norma” ou da “vontade do legislador”, porque o importante a ser destacado é a razão forte estatal – a “justificação normativa” de sua produção.

A característica **genérica** da norma em matéria penal (taxatividade) e processual penal (tipicidade processual) não consegue prever todas as futuras hipóteses de incidência, já que mesmo que tenha havido esforço legislativo, o mundo é mais complexo, motivo pelo qual devemos dispor de mecanismo de controle de aplicação.

Ao adotarmos a proposta de *Frederick Schauer*, podemos, em cada caso concreto, verificar a **satisfação das duas condições de incidência** (adequação fática ao comando prescritivo; e, compatibilidade do caso singular ao objetivo a ser alcançado ou dano a ser evitado pela “justificativa da norma”). Em cada caso penal, poderemos atribuir os seguintes cenários:

<b>a) aplicação:</b> hipótese de incidência fática do comando normativo <b>verificada e coerente</b> com a “justificação da norma”	<b>b) não aplicação:</b> hipótese de incidência fática do comando normativo <b>verificada e incoerente</b> com a “justificação da norma”	<b>c) não aplicação:</b> hipótese de incidência fática do comando normativo <b>não verificada, mas coerente</b> com a “justificação da norma”
--	--	---

A aplicação da norma somente poderia acontecer na hipótese “a”, sendo rejeitada nas demais: “b” e “c”, porque a metodologia da **dupla verificação** exige a análise da conduta em face do comando legal e a coerência da conduta com a “justificação da norma”. O que nos chama a atenção é o fato de que na hipótese “c”, embora haja coerência entre a “justificativa da norma” e a conduta verificada, não há previsão legal suficiente/sólida, ou seja, a regra (o texto), no momento de produção legislativa, não autoriza a incidência na situação factual (falta lei em sentido estrito à sua aplicação).

A nomenclatura proposta por *Schauer* é a de considerarmos a norma como: **a) Sobreinclusiva:** quando o efeito da incidência da regra ao caso analisado excepciona a justificação da norma (objetivos a serem alcançados ou danos a

serem evitados); e, **b) Subinclusiva**: quando a regra deixa de fora do seu âmbito de incidência predicados factuais que a “justificação da norma” pretendia abranger.

Esclarece *Noel Struchiner* (STRUCHINER, Noel. Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Rio de Janeiro: PUC-RIO (Doutorado – Direito), 2005, p. 153):

“Uma regra é sobreinclusiva quando seus fatos operativos englobam casos particulares que não geram a consequência que representa a justificação da regra.” [enquanto as subinclusivas] “deixam de tratar de certos casos que acarretam a consequência que representa a justificação da regra”.

O efeito da adoção preliminar do “**positivismo decisional**” de *Schauer* é o de podermos nos servir dos seus aportes para estabelecermos uma “**regra normativa de referência**”, em que as opiniões, crenças ou comportamentos podem ser avaliados pelo **juízo binário** de: **a) conformidade** (hipótese de incidência + coerência com a justificação da norma); ou, **b) desconformidade** (hipótese de incidência + incoerência com a justificação da norma). O nosso ganho é o de limitar os comportamentos oportunistas dos agentes processuais, dado que o **enquadramento** dos casos penais se dá de modo diverso, porque interno ao Direito (Penal e Processual penal) e não por opiniões, crenças ou conhecimentos pessoais, estranhos ao campo do Direito, em geral incontrolláveis. Por via de consequência, podemos estabelecer que a função do aparato estatal (Polícia, Ministério Público, Defensoria e Judiciário) é a de promover a adequação das normas jurídicas (Penais e Processuais Penais), gerais e impessoais, ao caso singularizado, avaliando se a hipótese de incidência é equivalente (tipo penal conduta provada justificativa da norma), por meio do processo penal, dispositivo pelo qual se estabelece o debate circunscrito aos critérios e argumentos do campo do Direito (serão inválidos os de ordem moral, ética, pessoal, Justiça etc.), em contraditório, das condições fáticas de incidência normativa (especialmente a comparação entre a “justificativa da norma” e o caso específico).

Em consequência, como modelo de abordagem do processo penal, recocemos que a argumentação e a decisão podem subir o nível dos debates para o plano dos Princípios, desde que circunscritos ao material jurídico disponível, sem invenções oportunistas (não se pode inventar/deturpar princípio). O importante é que partiremos com a **ferramenta** capaz de nos prevenir sobre o **conteúdo** dos debates e decisões judiciais em que formos atuar, evitando armadilhas argumentativas e o extrapolamento do Princípio da Legalidade. A mistura de argumentos internos e externos ao Direito pode ocorrer por erro involuntário ou por dissimulação. Em qualquer caso, poderemos distinguir os argumentos **internos** e **externos** ao Direito, reestabelecendo os limites válidos do **enquadramento** da questão

A resposta penal pressupõe, também, a superação de medidas administrativas, sob pena de violação do *ne bis in idem*, consoante apontou Thiago Baldani Gomes De Filippo (A Covid-19 e a ilegitimidade do crime de infração de medida sanitária preventiva. In: [ConJur - Thiago Filippo: A Covid-19 e a infração de medida sanitária preventiva](#)):

"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, apesar de seu reconhecimento expresso por alguns diplomas internacionais importantes, como estabelece o artigo 20 do Estatuto de Roma, 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. 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. [...] 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*".

Por isso, diante da estrutura de incentivos operante, prevalece a orientação do *ne bis in idem*, tão bem exposta por Keity Saboya (SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014).

Em consequência, por mais que a conduta dos acusados seja reprovável moralmente, consistente na aglomeração sem uso de máscaras, a incidência do regime administrativo é suficiente, ainda mais pela ausência de suporte normativo válido à incidência do art. 268 do CP. É que extrapola a tipicidade legal do art. 268 do CP, extrapolando o Devido Processo Legislativo, configurando a "sobreinclusão" de condutas não previstas historicamente no âmbito de incidência da norma penal.

A Primeira Turma Recursal do TJSC, sob a relatoria do Juiz Paulo Marcos Farias, no julgamento da Apelação Criminal 5000947-33.2021.8.24.0084, decidiu:

**"INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA. ART. 268, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INSURGÊNCIA QUANTO À ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA**

**DE PROVAS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. DENÚNCIA DE INFRAÇÃO AO DECRETO ESTADUAL N. 1.218/2019 DESTINADO A IMPEDIR A PROPAGAÇÃO DA DOENÇA COVID-19. AGLOMERAÇÃO SEM O USO DE MÁSCARA. DEPOIMENTOS PROFERIDOS PELAS TESTEMUNHAS QUE CORROBORAM O TEOR DOS FATOS NARRADOS E O RELATO DO POLICIAL QUE ATENDEU A OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. NORMA PENAL EM BRANCO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR SOBRE A PANDEMIA E ESTABELECE MEDIDAS PARA O SEU CONTROLE QUE NÃO CONDUZ À AUTOMÁTICA COMPLEMENTAÇÃO DO TIPO. EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS QUE DEVEM SER RESTRITOS AO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA EXTRAPENAL POR DECRETO ESTADUAL. PRECEDENTE DESTA TURMA RECURSAL (APELAÇÃO CRIMINAL Nº5008438-29.2020.8.24.0019. RELATOR: JUIZ DE DIREITO MARCIO ROCHA CARDOSO. J. 10-2-2022). APELO DEFENSIVO CONHECIDO E PROVIDO".**

Do corpo do acórdão:

"Com efeito, conforme o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, a fonte material de Direito Penal é a União, ou seja, é o ente que, em regra, é o criador dos tipos penais incriminadores.

Nada obstante, a própria Carta Magna, no mesmo dispositivo, prevê exceção, disciplinando a possibilidade dos Estados legislarem sobre questões específicas das matérias relacionadas no dispositivo, desde que autorizadas por lei complementar.

Quanto ao alcance destas "*questões específicas*", estas abrangem somente temas de interesse local, jamais temas fundamentais do Direito Penal, como princípio da legalidade, causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, configuração do delito etc.

O crime imputado ao acusado, tipificado no art. 268, *caput*, do Código Penal, é norma penal em branco, pois depende de outra regra "*determinação do poder público*" para que possa ter eficácia jurídica e social.

A este respeito, alertam Zaffaroni e Pierangeli:

*"O Poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral. Vol.1. 8.ed. São Paulo:RT,2009. p. 452)*

Portanto, a regra complementar deve estar entre as competências do órgão da qual a emana.

No caso em apreço, a norma penal em branco foi complementada por norma Estadual, no entanto, a iniciativa dessa instância federativa deve ser restrita, sob pena de se caracterizar generalizada delegação de competência legislativa privativa da União, expediente vedado pela Constituição Federal.

Sobre o assunto, importante artigo publicado pelo Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina, Andreas Eisele, sobre os *Limites à criminalização do descumprimento de medidas administrativas sanitárias*, na pandemia acometida pela Covid-19:

*"A Lei nº 13.979/2000, em seu art. 3º, §7º, II, possibilitou aos gestores locais de saúde a adoção das medidas relacionadas nos incisos I, II e VI, do art. 3º (o isolamento, a quarentena e a restrição à circulação de pessoas), mas não a definição de outras medidas distintas daquelas. Porém, várias medidas foram implementadas em diferentes Estados e Municípios, cujo conteúdo é diferente do definido pela Lei nº 13.979/2000, em que têm uma abrangência mais restritiva.*

*O problema é que o art. 22, I, da Constituição Federal estabelece expressamente que: "compete privativamente à União legislar sobre direito penal". Consequentemente, não é juridicamente possível a utilização de decretos estaduais e municipais para integrar uma lei penal em branco.*

***Esta vedação constitucional garante a uniformidade do Direito Penal em todo o território nacional, e se não existisse esta reserva de competência, um mesmo fato poderia ser considerado crime em uma cidade, e não em outra. Se isto ocorresse, teríamos uma legislação penal completamente caótica no país, porque cada Estado e Município restringiu diferentes atividades, de diversas formas, e com prazos distintos.***

***Portanto, o eventual descumprimento de medidas sanitárias implementadas por regulamentações estaduais e municipais que não correspondam exatamente ao conteúdo especificado na Lei nº***

**13.979/2000, não poderá ser classificado como um fato típico nos termos do art. 268 do Código penal**

*Em síntese, as medidas sanitárias cujo conteúdo pode corresponder a uma “determinação do poder público” para a configuração da hipótese prevista no art. 268 do Código Penal, são somente as definidas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 13.979/2020. **Nos demais casos, se a norma que impõe as respectivas medidas sanitárias for válida, seus efeitos serão restritos ao âmbito administrativo, e suas eventuais consequências jurídicas terão esta mesma natureza.**”.*

*(COVID-19: Isolamento social e Direito Penal - Limites à criminalização do descumprimento de medidas administrativas sanitárias, disponível em <http://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/23/covid-19-isolamento-social-e-direito-penal/>. Acesso em 12/02/2022)(Grifou-se)*

No mesmo sentido, foi o entendimento desta Turma Recursal:

APELAÇÃO CRIMINAL. INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA. ART. 268, CAPUT DO CP. ACUSADO ABORDADO EM VIA PÚBLICA, POR DUAS VEZES, SEM O USO DE MÁSCARA. OBRIGAÇÃO CONTIDA EM DECRETO MUNICIPAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DO ACUSADO AO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 1 (UM) MÊS DE DETENÇÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E AO PAGAMENTO DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA DATA DO FATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO IMPORTE DE 1 (UM) SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA DATA DO FATO. IRRESIGNAÇÃO EXCLUSIVA DO DENUNCIADO. TESE DE DESCONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REPROVABILIDADE NA CONDUTA. ACOLHIMENTO. NORMA PENAL EM BRANCO. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO HETEROGÊNEA. ATO DO EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA EXTRAPENAL POR DECRETO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR SOBRE A PANDEMIA E ESTABELECEMEDIDAS PARA O SEU CONTROLE QUE NÃO CONDUZ À AUTOMÁTICA COMPLEMENTAÇÃO DO TIPO INCRIMINADOR ESTABELECIDO NO ART. 268 DO

CP. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO FEDERAL, INEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE REPROVABILIDADE DA CONDOTA. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O ACUSADO ERA PORTADOR DO VÍRUS DA COVID-19. RÉU ABORDADO EM LOGRADOURO PÚBLICO, SEM AGLOMERAÇÕES. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PREVISTO NO ART. 268 DO CP. DIREITO PENAL QUE DEVE SE PREOCUPAR COM A TUTELA DE BENS JURÍDICOS COMO *ULTIMA RATIO*. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS, COMO A IMPOSIÇÃO DE MULTA, QUE SE MOSTRAM MUITO MAIS ADEQUADAS E EFICAZES NO COMBATE À PANDEMIA. DECRETO MUNICIPAL OBRIGANDO O USO DE MÁSCARAS EM LOCAIS PÚBLICOS, ADEMAIS, REVOGADO. EFEITO RETROATIVO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. *ABOLITIO CRIMINIS*. CONDOTA QUE NÃO TEM MAIS A POTENCIALIDADE DE CONFIGURAR CRIME. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DENÚNCIA OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RÉU ABSOLVIDO. (tjsc. 1ª Turma Recursal - Florianópolis (Capital). Apelação Criminal Nº 5008438-29.2020.8.24.0019. Relator Juiz Marcio Rocha Cardoso. J. 10-02-2022). (grifou-se)

Por isso, a ofensa ao Decreto Estadual n.1.218/2019 não pode ensejar na tipificação da conduta conforme a disposição do art. 268 do Código Penal, sob pena de ferir os ditames constitucionais".

A Terceira Turma Recursal, no julgamento do Apelação Criminal 5004646-77.2020.8.24.0048, julgada em 27.04.2022, da qual fui relator:

**PENAL. COVID. NEGATIVA DO USO DE MÁSCARA. CONDENAÇÃO POR VIOLAÇÃO AO ART. 268 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA. POR MAIS QUE REPROVÁVEL MORALMENTE A CONDOTA DE NÃO COLABORAR COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À COVID 19, A CONDOTA CONSISTENTE NO "NÃO USO" DE MÁSCARA NÃO CONFIGURA O PRECEITO PRIMÁRIO DO ART. 268 DO CÓDIGO PENAL. EXTRAPOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. EXISTÊNCIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA (MULTA). CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL. CONTEXTO DE PANDEMIA QUE NÃO AUTORIZA O APROVEITAMENTO DE TIPOS PENAIIS CRIADOS PARA SITUAÇÃO DISTINTA. RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O ACUSADO, NA**

## **FORMA DO ART. 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Logo, o acusado deve ser absolvido por: (a) violação ao ne bis in idem; e, (b) sobreinclusão da conduta ao tipo do art. 268 do CP, com a consequente declaração da atipicidade da conduta, como bem apontou a Promotora Angela Valença Bordini (evento 104).

4. **DISPOSITIVO:** ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso interposto para o fim de absolver o acusado, na forma do art. 386, II, do CPP. ante o exposto, voto por dar/negar provimento ao recurso interposto. Fixo os honorários devidos pelo exercício da defensoria dativa em R\$ 300 (trezentos reais), nos termos do anexo único da Resolução CM n. 1 de 9 de março de 2020. Sem custas e honorários.