



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 573.739 - DF
(20200088524-7)**

Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Agravante: Fellipe Thurler Macedo

Advogado: Felipe Thurler Macedo - RJ149863

Agravado: Ministério Público Federal

Impetrado: Governador do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Processo penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Governador de estado apontado como autoridade coatora. Ato normativo estadual. Alegação de ameaças à liberdade de locomoção. Inexistência de ato concreto. Inadmissibilidade do *writ*, na espécie. Agravo desprovido.

1. Conforme já decidido no âmbito desta Corte, “*serve o habeas corpus à proteção do direito de locomoção: permite a liberação de quem retido se encontra. Inadmissível o habeas corpus para discutir direito de acesso (ir por local ou a local específico), de propriedade (permanecer em local) ou, como na espécie, de atividade a desempenhar em local específico. A proteção constitucional é forte, célere, mas para afastar apenas a restrição ao direito de sair de onde se encontra – liberdade*” (AgRg no RHC n. 104.926/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 9/4/2019, DJe 25/4/2019).

2. No caso dos autos, a impetração voltou-se contra ato normativo expedido pelo Governador, que teria se valido da referida norma para justificar as ameaças à população fluminense caso ela viesse a sair de casa em tempos de pandemia.

3. A irresignação – de jaez preventiva – não encontrou, contudo, eco na jurisprudência desta Corte, que não raras vezes já consignou que “*o remédio constitucional, em sua feição preventiva, não tem cabimento contra o chamado ato de hipótese, futuro e incerto*” (STJ, AgRg no HC n. 520.143/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 15/10/2019), máxime em situações como a

presente pois, para legitimar o manejo do *writ*, *in casu*, “*exige-se uma real ameaça ao direito de locomoção, não bastando uma suposição infundada de que venha a ocorrer algum constrangimento ilegal*” (STJ, AgRg no RHC n. 83.730SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 25/5/2017).

4. Quanto à alegação de bravatas por parte do Governador e da Autoridade Policial, não se pode ignorar que a situação delicada que acomete não só o Estado do Rio de Janeiro mas também todo o País pode exigir, por vezes, que as autoridades estatais atuem de forma mais enérgica, com expressões que, *ictu oculi*, possam exceder o hodierno, mas que não necessariamente isso implique em obstáculo *ante tempus* à liberdade de locomoção.

5. Ademais, o art. 268 do Código Penal é norma penal em branco heterogênea e, como tal, depende de complementação por ato normativo diverso da fonte legislativa que editou o precitado tipo penal. Na hipótese dos autos, o decreto exarado pelo Poder Executivo estadual foi editado para o fim de complementar a norma extraída do referido dispositivo. Portanto, não há que se falar em ilegalidade no que tange à liberdade de locomoção por ser o Estado do Rio de Janeiro legitimado para tal mister, como recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ratificação da liminar deferida nos autos da ADI n. 6.341/DF.

6. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de junho de 2020 (data do julgamento).

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Relator

DJe: 9.6.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de agravo regimental interposto por *Fellipe Thurler Macedo* contra decisão monocrática por mim proferida, na qual indeferi liminarmente o *habeas corpus* outrora aviado.

Como constou da decisão agravada, o *habeas corpus* impetrado, em causa própria, apontou como autoridade coatora o *Governador do Estado do Rio de Janeiro*.

Extraíu-se, outrossim, da impetração que o Governador editou um decreto estadual (47.0062020) que teria dado azo à seguinte manifestação (e-STJ fl. 4):

“... nós já estamos chegando no limite da tolerância, tô pedindo, daqui a pouco nós vamos começar a levar pra delegacia... do ponto de vista da consciência;

agora, do ponto de vista legal, nós vamos começar a fotografar, identificar e depois essas pessoas serão processadas. Se não quiser se identificar naquele momento, será conduzido à delegacia. Então nós já estamos chegando no limite da tolerância...”

Sustentou, ainda, o agravante que a autoridade policial da 151ª Delegacia de Nova Friburgo/RJ, município no qual reside, teria seguido a mesma linha do Governador ao afirmar que “*os que teimarem em perambular pelas ruas sem objetivo justificável deverão ser conduzidos a delegacia, podendo ser indiciados na forma do disposto do art. 268 do CP*” (e-STJ fl. 5).

Daí a irresignação, na qual alegou o então impetrante/paciente, ora agravante, que “*o Estado do Rio de Janeiro, através da Autoridade Coatora, ou Delegados de Polícia, não têm poderes para suprimir coercitivamente o direito de ir e vir do cidadão. Tal direito fundamental somente pode ser afastado em situações específicas e excepcionais de Estado de Defesa e Estado de Sítio*” (e-STJ fl. 6).

Aduziu ser “*necessário o presente habeas corpus para garantir ao Impetrante-Paciente seu básico direito de ir e vir, o qual está ameaçado e suprimido integralmente pelo uso da força monopolizada pelo Estado, que tenta obrigar o isolamento de cidadãos assintomáticos ou fora de qualquer grupo de risco, violando os contornos estabelecidos pela Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020*”, e que “*a abordagem indiscriminada do Impetrante-Paciente, quando transitando pelas ruas configura coação ilegal por ausência de justa causa a sustentar a investida estatal contra o cidadão, vez que a própria Lei de regência do estado de emergência dispõe que o isolamento e quarentena se aplicam a indivíduos doentes, contaminados ou suspeitos de estarem contaminados*” (e-STJ fl. 8).

Asseverou, outrossim, que “*é Advogado e desempenha atividade essencial à sociedade, e que eventualmente no deslocamento entre a sua residência/escritório/repartições públicas para o desempenho de suas atividades poderá ser indicado na forma do art. 268 do CP, por teimar em perambular pelas ruas, dependendo da interpretação da Autoridade Policial, conforme declarado pelo Delegado da 151ª DP de Nova Friburgo/RJ e comprovado nesta peça*” (e-STJ fl. 8).

No presente recurso, repisa o agravante os mesmos argumentos expendidos por ocasião da impetração originária, reforçando, para tanto, que “*há uma real ameaça da liberdade de locomoção do impetrante-paciente, e é o que vem acontecendo aos cidadãos fluminenses, conforme caso de grande repercussão aqui já relatado, no qual familiares de um Deputado Federal, inclusive uma criança, foram detidos e levados à Delegacia de Polícia por estarem se exercitando, sem realizar aglomerações ou levar riscos à sociedade, muito menos espalhar doenças*” (e-STJ fl. 77).

Postula, ao final, o provimento do recurso para que seja expedido salvo-conduto no sentido de o agravante poder transitar livremente pelas ruas e logradouros públicos do Estado do Rio de Janeiro, enquanto não vier a ser contaminado pela Covid-19.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Razão não assiste ao agravante.

Consoante consignado na decisão ora objurgada, assinalou-se, inicialmente, que a impetração arrimou-se no art. 105, I, *a e c*, da Constituição da República, o qual preceitua que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os *habeas corpus* quando o coator for qualquer uma das pessoas mencionadas na alínea “a” do indigitado preceito de regência, entre elas os Governadores dos Estados.

Passo a expor as razões pelas quais o *writ* foi indeferido *in limine litis*.

Pois bem. Ao que se depreende, a insurgência voltou-se contra ato normativo expedido pelo Governador, que teria se valido da referida norma (citada no proêmio do relatório deste voto) para justificar as ameaças à população fluminense caso ela viesse a sair de casa em tempos de pandemia.

A irresignação – de jaez preventiva – não encontrou, contudo, eco na jurisprudência desta Corte, que não raras vezes já consignou que “*o remédio constitucional, em sua feição preventiva, não tem cabimento contra o chamado ato de hipótese, futuro e incerto*” (STJ, AgRg no HC n. 520.143RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 15/10/2019, grifei), máxime em situações como a presente pois, para legitimar o manejo do writ, *in casu*, “*exige-se uma real ameaça ao direito de locomoção, não bastando uma suposição infundada de que venha a ocorrer algum constrangimento ilegal*” (STJ, AgRg no RHC n. 83.730SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 25/05/2017, grifei).

Frisou-se que, consoante recente decisão monocrática, da lavra da Ministra Assusete Magalhães, no HC n. 565.981/BA, “*em tal perspectiva, não há como afastar, in casu, a inadequação da via eleita para o debate da lei em tese, sem que exista ordem de natureza arbitrária emanada das autoridades apontadas coatoras, capaz de ameaçar ou restringir a liberdade dos pacientes. A mera discussão da lei federal em vigor e de sua aplicação, em face de orientação administrativa, baseada em lei estadual, no campo hipotético, ainda que aparentemente, no entender da impetrante, pudesse levar a abusos, não enseja o deferimento da ordem*” (grifei).

De mais a mais, **quanto à alegação de bravatas por parte do Governador e da Autoridade Policial**, foi observado que não se pode ignorar que a situação delicada que acomete não só o Estado do Rio de Janeiro mas também todo o País pode exigir, por vezes, que as autoridades estatais atuem de forma mais enérgica, com expressões que, *ictu oculi*, possam exceder o hodierno, mas que não necessariamente isso implique em obstáculo *ante tempus* à liberdade de locomoção. Aliás, **o agravante limitou-se a trazer à colação, no bojo da impetração, recortes jornalísticos em que as afirmações das sobreditas autoridades teriam sido veiculadas**, mas “*não demonstrou em que consiste o constrangimento ilegal causado [...], não indicando qualquer ato concreto que importe em lesão ou ameaça de lesão à liberdade ambulatorial, o que impede o conhecimento da impetração*” (STJ, AgRg no HC n. 520.814SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 24/10/2019, grifei).

Já **quanto ao tema de fundo**, apenas à guisa de elucidação, sabe-se que **o art. 268 do Código Penal é norma penal em branco heterogênea** e, como tal, **depende de complementação por ato normativo diverso da fonte legislativa que editou o precitado tipo penal**. Na hipótese dos autos, o decreto exarado pelo Poder Executivo estadual foi editado para o fim de complementar

a norma extraída do referido dispositivo. Portanto, não há que se falar em ilegalidade no que tange à liberdade de locomoção por ser o Estado do Rio de Janeiro legitimado para tal mister, como recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ratificação da liminar deferida nos autos da ADI n. 6.341/DF.

Ao fim e ao cabo, na linha da intelecção do verbete 266 da Súmula do STF, esta Corte tem sufragado o entendimento de que “o habeas corpus não constitui via própria para o controle abstrato da validade das leis e dos atos normativos em geral, sob pena de desvirtuamento de sua essência” (STJ, RHC n. 104.626/SP, relator Ministro *Ribeiro Dantas*, *Quinta Turma*, DJe de 13/8/2019).

Assim, não cabe *habeas corpus* contra ato normativo em tese, como o ora impugnado Decreto n. 47.006, de 27/3/2020, do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. *Writ* interposto contra lei em tese. Não cabimento. Improriedade da via eleita. Inexistência de ato concreto de ameaça ao direito de locomoção dos recorrentes. Agravo improvido.

1. Serve o habeas corpus à proteção do direito de locomoção: permite a liberação de quem retido se encontra. Inadmissível o habeas corpus para discutir direito de acesso (ir por local ou a local específico), de propriedade (permanecer em local) ou, como na espécie, de atividade a desempenhar em local específico. A proteção constitucional é forte, célere, mas para afastar apenas a restrição ao direito de sair de onde se encontra - liberdade.

2. Exigindo a demanda a análise de inconstitucionalidade em tese de Lei Municipal, não merece a pretensão ser conhecida, pois o *habeas corpus* e o seu respectivo recurso não podem ser utilizados como mecanismos de controle abstrato da validade das leis e dos atos normativos em geral. Precedentes.

3. Não existindo ameaça concreta de constrangimento ilegal ao direito de locomoção dos ora recorrentes, carece a impetração de interesse processual. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 104.926/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, *Sexta Turma*, julgado em 09/04/2019, DJe 25/04/2019, grifei.)

Processual penal e constitucional. *Habeas corpus*. Pretensão de impugnar lei em tese. Não cabimento do remédio constitucional.

I - A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, a, da Constituição Federal, contra acórdão assim

ementado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido em *habeas corpus* preventivo coletivo originário, visando impugnar a Lei Municipal n. 8.917/2018, de iniciativa do prefeito de Jundiaí, que estabeleceu condições para atividades artísticas, comerciais e de pessoas em situação de rua no território municipal.

II - A alegação da parte impetrante seria de que a iminente execução da lei cerceará o direito de ir e vir de pessoas em situação de rua, artistas de rua, vendedores de artesanatos e outros bens decorrentes de trabalho manual, prestadores de serviços que executam trabalho manual mediante o recebimento em dinheiro e de todas as pessoas que realizam as atividades descritas e previstas no art. 2º e 3º da mencionada lei. Embora se admita o cabimento de *habeas corpus* coletivo, no caso concreto, os pacientes integram um grupo difuso, de difícil identificação. Considerou a Corte de origem o descabimento de *habeas corpus* contra lei em tese, negando provimento ao recurso interposto naquela Corte.

III - A recorrente alega, em síntese, que não se trata de controle de lei em tese, mas de atos e constrangimentos pelos quais os pacientes estão na iminência de sofrer, cuidando-se de remédio constitucional preventivo, perfeitamente cabível e pertinente.

IV - Sustenta que não se trata de ordem ampla e abstrata, mais sim em prol das pessoas que estejam praticando as situações específicas elencadas na referida lei, existindo interesse juridicamente tutelável, e alega que a Constituição permite a utilização de *habeas corpus* coletivo. Indeferiu-se liminarmente o *habeas corpus*. Foi interposto, então, agravo interno.

V - Verifica-se que o recurso em *habeas corpus* é mera reiteração do HC n. 441.991/SP, apresentando as mesmas partes causa de pedir e pedido, bem como interposto contra o mesmo ato coator - a referida lei municipal, embora, aparentemente, dirija-se contra acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

VI - Na ocasião, depois de afastar a competência desta Corte para o deslinde da controvérsia, assim se consignou que a ação constitucional em comento tem como objetivo, de fato, impugnar a referida lei municipal, não sendo, pois, o instrumento processual adequado para essa finalidade.

VII - *Em situações análogas à presente, veja-se que já decidiu o Supremo Tribunal Federal que não cabe habeas corpus contra ato normativo em tese (STF, HC n. 109.101, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 7/2/2012, Processo Eletrônico DJe-105 Divulg 29/5/2012 Public 30/5/2012; HC n. 109.327 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4/8/2011, DJe-151 Divulg 5/8/2011 Public 8/8/2011 RTJ VOL-00224-01 PP-00699 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 501-506).*

VIII - *Ratifica-se a referida fundamentação, esclarecendo-se que o acórdão recorrido ordinariamente para este Tribunal não merece qualquer censura, a despeito*

do esforço da recorrente em demonstrar a alegação em sentido contrário. Esse também é o entendimento jurisprudencial assente nesta Corte de Justiça: HC n. 196.409/RN, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/8/2012. Em situação idêntica, tem-se o seguinte precedente: RHC n. 104.626/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019.

IX - Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no RHC 111.573/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019, grifei.)

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 537.118 - RJ (2019/0296110-9)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Advogados: André Luiz de Felice Souza - RJ038606

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: M O M B (internado)

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Habeas corpus. Ato infracional análogo ao crime de terrorismo. Art. 5º, *cc* o art. 2º, § 1º, I e V, da Lei n. 13.260/2016. Elementares do tipo. Motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião não caracterizada. Tipo penal do art. 5º subsidiário em relação ao art. 2º da Lei Antiterrorismo.

1. O tipo penal exerce uma imprescindível função de garantia. Decorrente do princípio da legalidade, a estrutura semântica da lei incriminadora deve ser rigorosamente observada e suas elementares devem encontrar adequação fática para que o comando secundário seja aplicado.

2. O uso da expressão “por razões de” indica uma elementar relativa à motivação. A construção sociológica do ato de terrorismo conjuga motivação e finalidade qualificadas, compreensão essa englobada na tipificação penal brasileira.

3. O delito do art. 5º funciona como soldado de reserva em relação ao delito de terrorismo, art. 2º, ambos da Lei n. 13.260/2016. Trata-se de criminalização dos atos preparatórios do delito de terrorismo, expressão que remete ao dispositivo anterior, exigindo a interpretação sistemática. A tipificação da conduta descrita no art. 5º exige a motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, expostas no art. 2º da Lei Antiterrorismo.

4. O Tribunal local, ao dispensar a motivação constante do dispositivo legal, terminou por admitir a configuração do delito sem a clara definição da motivação. Trata-se de operação indevida, visto que admite a perpetração de (ato infracional análogo a) crime, sem que estejam devidamente configuradas todas as suas elementares.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, afastando a capitulação da conduta como ato infracional análogo ao crime descrito no art. 5º, e o art. 2º, § 1º, I e V, da Lei n. 13.260/2016, e determinar o rejugamento da causa pelo Tribunal local, como se entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente a Defensoria Pública do Rio de Janeiro pelo paciente, M O M B.

Brasília, 05 de dezembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe: 11.12.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *MOMB* contra o acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, nos autos do Processo n. 0062565-31.2019.8.19.0001, negou provimento à apelação defensiva, mantendo a imputação de prática de ato infracional análogo ao crime descrito no art. 5º da Lei n. 13.260/2016, conforme os termos da seguinte ementa (fl. 9):

Apelação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de atos preparatórios de terrorismo.

Procedência da representação – A prova coligida aos autos, em especial, as cópias de mensagens do aplicativo WhatsApp, fotografias e imagens (item 000005), Termo de oitiva informal do jovem perante o *Parquet* (item 000028) e Registro de Ocorrência aditado (item 000039), declarações em sede policial e autos de apreensão (item 000045), oitiva do representado (item 000096) bem como os depoimentos das testemunhas em Juízo (item 000155) evidenciam, à saciedade, que o adolescente M ingressou no estágio dos atos preparatórios, incorrendo no ato infracional previsto no artigo 5º da Lei 13.260/2006, o que afasta o pleito da defesa de absolvição.

Impossibilidade de abrandamento da medida socioeducativa aplicada – A despeito de ser a primeira passagem do adolescente pelo sistema socioeducativo, o ato infracional por ele praticado é grave, constata-se do documento elaborado pelo DEGASE (itens 000152/153) que o jovem apresenta contexto familiar de conflitos e abandono, necessitando de tratamento psicológico, sendo certo, ainda, que foi diagnosticado com Transtorno Opositivo Desafiador (item 000154), e, em consulta ao SIAD, que: o recorrente descumpriu a medida de semiliberdade que lhe foi imposta na data de 27/7/2019, retornando dois dias após, demonstrando o acerto da medida. Assim, a aplicação de medida socioeducativa mais branda vem de encontro aos princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao visar, o legislador, o bem-estar do representado, afastando-o das influências que o levaram a se envolver na prática do ato infracional, o que autoriza a conclusão do acerto da medida imposta.

A impetrante alega, em síntese, que o paciente foi condenado pela prática de ato infracional análogo ao previsto no art. 5º, *cc* o art. 2º, § 1º, I e V, todos da Lei n. 13.260/2016. Afirma que tal condenação constitui constrangimento ilegal, pois o fato não possui adequação típica ao art. 5º da Lei n. 13.260/2016.

Sustenta que não se apontou a motivação (xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião), tampouco o elemento subjetivo

do injusto (provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública). A petição inicial e o acórdão, embora cheguem a supor ou presumir determinadas razões, além de não se adequarem à espécie, também, com a devida vênia, não podem dar estofos a um provimento jurisdicional condenatório de mérito.

Argumenta que a representação não descreve fato criminoso compatível com o delito do art. 5º da lei específica, que há de ser lido juntamente com o art. 2º. Destaca que a única utilização do verbo “ameaçar” é feita pelo fato de o apelante e de um comparsa haverem mencionado “utilizar armas ou explosivos”.

Pede a anulação de todas as decisões, com vistas a trancar a ação e impor medida socioeducativa (fls. 38).

Liminar indeferida às fls. 58/60.

Informações prestadas pelas origens às fls. 67/69 e 74/75.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ*, pois impetrado em substituição ao recurso cabível. Destaca, ainda, que a análise sobre as elementares do tipo do art. 5º da Lei n. 13.260/2016 esbarra na impossibilidade de incursão, no caderno de provas, na via do *habeas corpus* (fls. 78/81).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A impetração pretende a anulação da condenação do adolescente, em razão da não caracterização de elemento do tipo do ato infracional análogo ao delito de terrorismo, referente à motivação.

Para melhor subsidiar os debates, entendo necessário contextualizar que o crime de terrorismo, criado pela Lei n. 13.260/2016, representa hipótese inédita no ordenamento jurídico nacional. Até porque, como regra, atos de terrorismo sempre foram estranhos à realidade nacional.

Com tradição de diálogo, a diplomacia brasileira, até recente quadra histórica, sempre utilizou os instrumentos da interlocução e do respeito à autodeterminação dos povos como mecanismos de atuação, o que, por certo, contribuiu para deixar nosso País fora da rota do terrorismo internacional.

Também não há registros históricos numerosos de atuação de grupos radicais ou de indivíduos, com base em ações terroristas. A despeito dos números absurdos de homicídios e de feminicídios, e da preocupante sensação de insegurança decorrente da violência urbana, o terror – como instrumento de atuação política – não faz parte do cotidiano nacional.

Na verdade, o terrorismo funcionou, durante o período da ditadura civil-militar (1964-1985), como repertório a serviço do poder central para reprimir grupos políticos de oposição. Contraditoriamente, o caso de maior repercussão na nossa história foi o do “Atentado do Riocentro”, episódio no qual uma tentativa frustrada de ataque às festividades do dia dos trabalhadores e das trabalhadoras culminou com a morte de um sargento e com graves ferimentos em um capitão, ambos do exército brasileiro. Tal episódio, orquestrado por setores militares insatisfeitos com a reabertura política, configura terrorismo de Estado, absolutamente excepcional na nossa história.

Cumprе mencionar a dificuldade que as ciências sociais encontram para definir o que é um ato de terrorismo. Variam as características consideradas pelos estudiosos da matéria, não havendo consenso a respeito do tema (KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Terrorismo: direito penal constitucional e os limites de criminalização* – Curitiba: Juruá, 2017. págs. 203-204).

Importante a definição de Alex Schmid, dada a sua amplitude sobre o fenômeno (APUD VEIGA, Eduardo de Lima. *Terrorismo e direito penal do inimigo: contornos e legitimidade à luz do direito internacional* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. pág. 15 – grifo nosso):

O terrorismo é um método de combate no qual vítimas aleatórias ou simbólicas servem como um alvo instrumental da violência. *Essas vítimas instrumentais compartilham características de grupos ou classe que formam a base para sua seleção para vitimização.* Através do uso anterior de violência ou da ameaça crível de violência, outros membros desse grupo ou classe, cuja sensação de segurança dos membros é propositalmente prejudicada, é o alvo do terror. A vitimização do alvo da violência é considerado extranormal pela maioria dos observadores do público testemunha, com base em sua atrocidade, o tempo (por exemplo, tempo de paz) ou local (não um campo de batalha) de vitimização, ou o desrespeito pelas regras de combate aceitas em guerra convencional. A violação da norma cria uma audiência atenta além do alvo do terror; setores dessa audiência podem, por sua vez, formar o principal objeto de manipulação. O objetivo desse método indireto de combate é imobilizar o alvo do terror, a fim de produzir desorientação e/ou conformidade, ou mobilizar alvos secundários de demandas (por exemplo, um governo) ou alvos de atenção (por exemplo, opinião pública)

a mudanças de atitude ou comportamento favorecendo os interesses de curto ou longo prazo dos usuários deste método de combate.

Trata-se, como visto, de uma categoria complexa que, comparada ao fenômeno jurídico delito, possui dimensões maiores, configurando um super-delito (VEIGA, 2019). Embora o repertório jurídico anterior à lei pudesse oferecer respostas penais a eventuais atentados, tipificando as condutas terroristas como homicídios, crimes de ódio ou relativas à posse de armamento ou explosivos, fixando uma definição para o terrorismo, o legislador finca novo horizonte de análise e convida o intérprete a observar o entorno do fato em questão em suas múltiplas dimensões.

Necessário consignar a crítica de que os tipos penais de terrorismo variam no espaço e no tempo e que tal maleabilidade serve, muitas vezes, a interesses escusos. A formulação desses tipos constitui juízo de valor que demanda contextualização fática e objetiva dos intérpretes (CAMBI, Eduardo; AMBROSIO, Felipe Augusto Rodrigues. *Lei antiterror brasileira (Lei 13.260/2016): ameaça à democracia e aos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 130. ano 25. págs. 237-268. São Paulo: Ed. RT, abr. 2017).

Esse preâmbulo tem por finalidade salientar que o Direito Penal constitui importante ferramenta de limitação do poder de punir, instrumento mais gravoso à disposição do Estado. De suma importância a compreensão do contexto de formulação do tipo e a exigência de caracterização de suas elementares de forma evidente e objetiva.

Essa preocupação ganha espaço diante da novidade que a Lei 13.260/2016 representa. A despeito da existência de corrente doutrinária sustentando a tipificação do terrorismo no art. 20 da Lei n. 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), o Supremo Tribunal Federal, no PPE n. 730/DF, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/12/2014, negou pedido de extradição formulado pela República do Peru, ao argumento de não estar configurado o requisito da dupla tipicidade. Nessa ocasião, o Pretório Excelso deu razão à corrente doutrinária que sustenta a violação do princípio da legalidade pela extrema abertura do dispositivo em questão (CUNHA, Rogério Sanches. *Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo*. Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza – Salvador: 2 ed. revista, ampl. e atualiz. Editora JusPodivm, 2019. pág. 2.106).

É verdade que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo, como princípio que rege as relações internacionais, o repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII), e institui mandado incriminatório (art. 5º, XLIII) ao legislador ordinário. No entanto, a construção da tipologia penal não responde, ao meu sentir, questões de cunho estritamente nacional. Faz-se necessário mencionar a expressiva construção, no âmbito nacional, de instrumentos concitando o legislador brasileiro a tipificar o terrorismo como crime.

Jorge Mascarenhas Lasmar menciona:

o Brasil ratificou pelo menos 15 convenções e protocolos internacionais de combate ao terrorismo. São eles: Convenção Relativas às Infrações e Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves; Convenção para Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves; Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional; Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil; Convenção sobre a Prevenção e Punição de Infrações contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos; Convenção contra a Tomada de Reféns; Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos a Serviço da Aviação Civil; Convenção sobre a Marcação dos Explosivos Plásticos para Fins de Detecção; Convenção Interamericana Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos; Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (com reserva ao parágrafo 1 do artigo 20); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo; Convenção Interamericana Contra o Terrorismo; Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas localizadas na Plataforma Continental. Ademais, o Brasil assinou, em 13 de abril de 2005, a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, mas ainda não a ratificou.

(LASMAR, Jorge Mascarenhas. *A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo quatorze anos após 11 de setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro*. Revista de Sociologia e Política, v. 23, n. 53, Curitiba, março-2015, p. 58/59).

Assoma-se a assinatura de tais instrumentos, pressões advindas de organismos internacionais como a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e o GAFIFATF (Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo), que recrudesceram, com a iminência dos Jogos Olímpicos de Verão de 2016, sediados no Rio de Janeiro, (MILHOMEM, Flávio) o tratamento jurídico-

penal do terrorismo no Brasil. In. ESPÍNEIRA, Bruno. SCHIETTI CRUZ, Rogerio. REIS JÚNIOR, Sebastião [Orgs.] *Crimes federais* – 2. ed – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. págs. 467/477).

Assim, nesse contexto, com base em anteprojeto de iniciativa da Presidência da República, a Lei n. 13.260/2016 foi promulgada, instituindo tipos penais e instrumentos de prevenção e de investigação.

Em atenção a tais comandos, o legislador estabeleceu os tipos penais de terrorismo nos arts. 2º, 3º, 5º e 6º da Lei n. 13.260/2016. No caso concreto, discute-se a imposição de ato infracional análogo ao art. 5º, que, adiante, demanda interpretação conjunta com o *caput* do art. 2º, visto que esse último define legalmente o que se entende por terrorismo.

Os dispositivos em questão estão assim redigidos (grifo nosso):

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, *por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

[...]

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Nesse ponto, parece-me essencial rememorar que o tipo penal exerce uma imprescindível função de garantia. Decorrente do princípio da legalidade, a estrutura semântica da lei incriminadora deve ser rigorosamente observada, assim como as suas elementares devem encontrar adequação fática para que o comando secundário seja aplicado.

Conforme explicita Nucci:

[a] existência dos tipos penais incriminadores (modelos de condutas vedadas pelo direito penal, sob ameaça de pena) tem a função de delimitar o que é penalmente ilícito e o que é penalmente irrelevante; tem, ainda, o objetivo de dar garantia aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delito, bem como tem a finalidade de conferir fundamento à ilicitude penal. Nota-se que o tipo não cria a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em crime.

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal* – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 343)

Em observância à fragmentariedade do Direito Penal, os tipos são constituídos de elementos objetivos-descritivos, verificáveis sensorialmente; elementos normativos, que exigem atividade valorativa do intérprete; e elementos subjetivos, que permitem compreender a ação como processo dirigido pela vontade humana (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 24. ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. págs. 359-361).

Parece, assim, certo assentar que o tipo penal não traz elementos acidentais, desprezíveis, dispensáveis.

Isso posto, conforme proposto na impetração, a adequação típica de conduta como terrorismo demanda que esteja configurada, no caso concreto, a elementar relativa à motivação *por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*, sob pena de não se perfazer a relação de tipicidade.

O uso da expressão “por razões de” indica, tal qual na hipótese do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP), uma elementar relativa à motivação. Embora haja uma percepção por parte da doutrina de que a elementar “por razões de” indique especial finalidade de agir, ao meu sentir, *Paulo Cesar Busato* (*Lei Antiterror Anotada: Lei 13.260 de 16 de março de 2016*/Acácio Miranda da Silva Filho [et al.]; organizado por Paulo Cesar Busato. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.) e *Renato Brasileiro de Lima* (*Legislação criminal especial comentada: volume único*. 5. ed. rev., atual, e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017) andaram melhor, consignando que a expressão indica motivação.

De fato, a construção sociológica e a percepção subjetiva individual do ato de terrorismo conjugam motivação e finalidade qualificadas, compreensão essa englobada na definição legal.

Essa concepção consta expressamente na mensagem do Ministério da Justiça, anexa ao anteprojeto de lei encaminhado pela Presidência da

República à Câmara dos Deputados (PL n. 2016/2015), que, bastante alterado, culminou com a edição do mencionado diploma legal (grifo nosso):

7. *Com isso, a organização terrorista será caracterizada por três elementos: o fundamento da ação, a forma praticada e o fim desejado pelo agente. Dessa forma, conseguimos afastar qualquer interpretação extensiva que possa enquadrar como ação terrorista condutas que não tenham esse perfil.*

8. Uma importante inclusão é a existência de uma causa excludente para as manifestações políticas, sociais ou sindicais, movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender ou buscar direitos, garantias e liberdades individuais.

9. Também abordamos a questão do indivíduo que pratica o delito sem qualquer conexão com uma organização, o chamado “lobo solitário”. Trata-se de uma causa de aumento genérica, que aumenta a pena de um terço até o dobro de qualquer crime praticado contra a pessoa, patrimônio, incolumidade ou paz pública, desde que o fundamento, fim e meio utilizados sejam aqueles previstos na nova redação do § 2º do art. 1º. Serão também previstas causas de aumento específicas, para quando os delitos atingirem determinadas instalações ou forem praticados com armas de destruição em massa.

Analisando a definição legal, fica evidente que a motivação constitui elementar fundamental nos contornos da conduta penal do terrorismo. Como explicita Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 896):

[...] se faz presente no terrorismo uma dimensão ideológica como origem motivacional do ato, a qual obrigatoriamente deve estar relacionada à *xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião*. Por consequência, pelo menos para a legislação brasileira, o crime de terrorismo deve ter por objetivo a provocação de terror na sociedade, intento este a ser alcançado com os atos discriminados nos incisos I, IV e V do § 1º do art. 2º, os quais, por sua vez, devem ter sido praticados pelos motivos acima discriminados.

Estabelecidas tais premissas, no presente caso, o Juízo de primeiro grau capitulou a conduta do paciente, salientando que o tipo penal do art. 5º não guarda relação com a definição constante do art. 2º, *caput*, da Lei Antiterrorismo, conforme se observa no seguinte trecho da sentença (fl. 28):

[...] Portanto, entendo que se encontra comprovada a configuração do ato infracional análogo ao Crime no artigo 5º da Lei n. 13.260/16, que incrimina a conduta de realizar atos preparatórios de terrorismo, sendo certo que a Doutrina interpreta essa disposição, à luz da Teoria da Imputação Objetiva, de forma que se deve imaginar se a conduta gerou uma situação de risco não permitida

pelo ordenamento jurídico e, tal situação, indubitavelmente, se encontra comprovada no caso em análise, já que a conduta do Representado M é cristalina no sentido de que estava realizando os atos que entendia necessários para cometer o terrorismo no Plaza Shopping e, certamente, causar um sentimento de insegurança na Sociedade e, também, de pânico nas pessoas, porém, não conseguiu o seu intento final em razão de sua Busca e Apreensão.

Configurado, portanto, o elemento subjetivo que consiste em causar terror generalizado. Vale salientar que a criminalização prevista no caput do artigo 5º da Lei n. 13.260/16, diversamente de outros Países que estabeleceram quais seriam os atos preparatórios, é uma criminalização aberta, ou seja, cabe ao julgador analisar se a conduta do agente caracteriza o ato preparatório e, de acordo com o que dos autos consta, não há dúvidas da conduta do Representado M caracterizar o ato infracional análogo ao crime previsto no artigo acima mencionado, posto que se trata de crime de perigo abstrato e o Representado teve uma conduta reprovável de caráter perigoso e, neste tipo penal, a consumação se dá com a conduta, sendo um tipo autônomo, que não guarda relação com o art. 2º da referida lei.

O Tribunal local, interpretando, de forma sistemática e em conjunto, os arts. 2º, *caput*, e 5º, manteve a capitulação da conduta, dispensando, no entanto, a caracterização da motivação (fls. 12/13 – grifo nosso):

E embora não tenha restado esclarecido quais razões teriam levado o adolescente à prática da infração, o fez, certamente, impactado pela discriminação que sofreu ao ser vítima de bullying no colégio estadual em que estudava, agindo, em revide, como admitiu em Juízo, adotando perfil comum aos envolvidos na prática de atos de terrorismo, tendo sua conduta por finalidade provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública e a incolumidade pública e narrado na denúncia, tal como previsto no artigo 2º da referida lei que tipificou atos preparatórios de terrorismo, fase interna e prévia aos atos de execução, em que o agente irá se equipar dos instrumentos necessários à prática do crime, denominado pela doutrina como crime-obstáculo, tudo conforme se observa do registro dos diálogos trocados pelo aplicativo whatsapp entre o apelante e um indivíduo, identificado como L (nomeado como “Clock” pelo adolescente), no sentido de que pretendiam explodir a passarela do Shopping Plaza Niterói, mediante a colocação de explosivos dentro de um táxi (item 000080):

Do excerto, fica notório que o Tribunal local desconsiderou a necessidade de esclarecimento da motivação para a prática dos atos preparatórios.

Primeiro, destaco que o delito do art. 5º funciona como soldado de reserva em relação ao delito de terrorismo, art. 2º, ambos da Lei n. 13.260/2016. Trata-

se de criminalização dos atos preparatórios do delito de terrorismo, expressão que remete ao dispositivo anterior, exigindo a interpretação sistemática. Não se mostra admissível, do ponto de vista hermenêutico, que o delito subsidiário tenha âmbito de aplicação diferente do delito principal. Cuida-se de relação semelhante à que se estabelece entre os delitos dos arts. 34 e 33 da Lei de Drogas ou, ainda, entre os crimes expressos nos arts. 291 e 289 do Código Penal.

Por esse motivo, a tipificação da conduta descrita no art. 5º exige a motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, expostas no art. 2º da Lei Antiterrorismo.

Depois, o Tribunal local, ao dispensar a motivação constante do dispositivo legal, terminou por admitir a configuração de delito sem a clara definição da motivação. Trata-se de operação indevida, visto que admite a perpetração de (ato infracional análogo a) crime, sem que estejam devidamente configuradas todas as suas elementares.

Não é possível, assim, extrair do caso concreto pretensão de subversão da ordem, elemento político-ideológico, pretensão reivindicatória ou demais elementos comuns a um ato de terrorismo por parte do agente. Ao se tratar de menor de idade, sobeja extremamente grave a sua rotulagem como terrorista.

Por essas razões, não havendo adequação típica ao delito do art. 5º, c/c o art. 2º, *caput*, I e V, da Lei n. 13.260/2016, faz-se necessário cassar o acórdão, nesse ponto, e determinar que o Tribunal local reaprecie o recurso, excluindo tal capitulação como resultado da conduta do representado.

Haja vista a dimensão e o alcance deste Tribunal Superior, com jurisdição sobre todo o território nacional, vejo-me impelido, por razões pedagógicas, a salientar que a conclusão que ora apresento não significa nem de perto condescendência com a gravidade do ato praticado. A infeliz crescente de casos como o dos autos preocupa e explicita a omissão do sistema brasileiro de proteção à criança e ao adolescente.´

Evidente é que, embora a ameaça de assassinatos em massa em escolas e em logradouros públicos seja de extrema gravidade e cause terror social, o caso concreto não enseja capitulação jurídico-infracional de terrorismo. A instância local, com maior expertise e com a competência constitucional para analisar as provas, pode muito bem entender pela configuração de outro ato infracional, que não os descritos na Lei n. 13.260/2016.

Ressalto, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe de diversos instrumentos de atuação, sendo a imposição de medida socioeducativa a *ultima ratio* nesse subsistema. Cabe, portanto, indagação sobre quantas instâncias de proteção falharam no acolhimento do ora paciente e o permitiram flertar com a barbárie.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para cassar o acórdão impugnado, afastando a capitulação da conduta como ato infracional análogo ao crime descrito no art. 5º, *cc* o art. 2º, § 1º, I e V, da Lei n. 13.260/2016, e determinar o re julgamento da causa pelo Tribunal local, como se entender de direito.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 93.168 - SP (2017/0329814-9)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Vicente Martinez Fernandez - por si e representando

Recorrente: Jose Martinez Fernandez - interdito

Recorrente: Luiz Carlos Carneiro

Advogados: Alexandre Gaiofatto de Souza e outro(s) - SP163549

Marco Aurélio Vieira Lopes - SP279145

Ronaldo Pavanelli Galvão - SP207623

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990). *Guerra fiscal*. Pretensão de trancamento do inquérito policial. Alegação da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Impossibilidade de aferição do lapso prescricional, pois não houve a constituição do crédito tributário. Súmula vinculante 24. Alegação de ilegitimidade de sócio. Necessário revolvimento fático-probatório. Impossibilidade na via eleita. Ausência de justa causa para o prosseguimento do inquérito policial. Creditamento do ICMS,

em razão da diferença de alíquota entre os estados da federação. Operação que, por si só, é incapaz de configurar crime contra a ordem tributária. Matéria com repercussão geral reconhecida no âmbito do STF (RE n. 628.075/RS). Configuração de, no máximo, débito tributário. Atipicidade da conduta. Reconhecimento. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. Busca o recurso: (i) o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação a um dos sócios; (ii) a exclusão do polo passivo da investigação referente a outro sócio; (iii) o trancamento do inquérito policial; ou, subsidiariamente, (iv) a suspensão das investigações policiais até o julgamento de mérito do RE n. 628.075.

2. Não há como analisar a prescrição alegada, em razão da ausência de informações de eventual constituição do crédito tributário e do teor do enunciado na Súmula Vinculante 24: *não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo*.

3. Em relação à ilegitimidade do sócio para figurar como investigado, a via eleita não permite o profundo revolvimento dos fatos e das provas da ação penal, sob pena de desvirtuamento de sua função constitucional. Ademais, a aferição da legitimidade ou não de se figurar o polo passivo da ação penal é resultado intrínseco da instrução criminal, que se vier a findar e desaguar na exordial acusatória, indicará fundamentadamente os responsáveis pelo delito imputado.

4. É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, na via eleita, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade.

5. No caso, consta dos autos que os recorrentes estão sendo investigados pela suposta prática do delito tipificado no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1993, quando teriam sido autuados em 30/11/2009, pela empresa *Cambuci*, em razão de supostos créditos indevidos de ICMS,

nos meses de novembro e de dezembro de 2004, em decorrência da não apresentação das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento filial situado em Brasília/DF e escrituradas no livro de registro de entradas.

6. Como é cediço, o crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

7. A hipótese dos autos retrata a situação da chamada “guerra fiscal” entre os entes federados, em que a concessão de benefício fiscal por um ente federativo ocorre sem amparo em convênio entre os Estados e o Distrito Federal, no âmbito do CONFAZ.

8. Nesse contexto, o creditamento de ICMS realizado pelo contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos. Precedentes.

9. Em casos tais, embora os fatos possam ensejar a condenação na esfera tributária e a imposição do pagamento de tributo, não se configura nenhum crime contra a ordem tributária, já que ausente o dolo do agente, que deixou de pagar o tributo com fundamento em benefício fiscal cuja legalidade deve ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, já reconheceu a repercussão geral da matéria.

10. Assim, as operações supostamente realizadas não são capazes, por si sós, de configurar a prática de crime contra a ordem tributária, uma vez que, além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário.

11. Recurso em *habeas corpus* provido para, reconhecendo a ausência de justa causa, trancar o andamento do Inquérito Policial n. 0044671-41.2012.8.26.0050.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 05 de março de 2020 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe: 12.3.2020

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por *Vicente Martinez Fernandez, José Martinez Fernandez e Luiz Carlos Carneiro* contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Eis a ementa (fl. 74):

Habeas Corpus - Crime contra a ordem tributária - Alegação de prescrição da pretensão punitiva - Inocorrência - Processo administrativo ainda em curso - Crédito tributário ainda não constituído - Pedido de suspensão de andamento do inquérito policial - Fato típico - Recurso de repercussão geral pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal - Precedentes no STJ - Ordem denegada, cassada a liminar antes deferida.

Narram os autos que os recorrentes são investigados em inquérito policial, pela suposta prática de crimes tributários, em trâmite no Juízo de Direito do DIPO 3 Seção 3.2.2 da comarca de São Paulo/SP (Inquérito Policial n. 0044671-41.2012.8.26.0050).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte estadual, que denegou a ordem ao *writ* (fls. 7281 – *Habeas Corpus* n. 2110060-16.2017.8.26.0000).

Aqui, alegam os recorrentes constrangimento ilegal consistente na manutenção de investigação criminal contra eles, sem justa causa para tanto.

Sustentam que deveria ser reconhecida a extinção da punibilidade em relação ao recorrente José Martinez Fernandez, tendo sido ele *interditado judicialmente* (doc. 08), Processo n. 1087629-64.2015.8.26.0100, que tramitou perante a 9ª Vara da Família e Sucessões do Fórum Central de São Paulo, vez que impossibilitado de ferir seus negócios e reger sua própria pessoa (fl. 8).

Ressaltam que, na sentença dos autos de Interdição, Tutela e Curatela, restou decidido que seu filho Vicente Martinez Fernandez, ora paciente, seria seu Curador, motivo pelo qual, deixa o Sr. José Martinez Fernandez de figurar como paciente no presente remédio jurídico, sendo representado por seu filho, Vicente Martinez (fl. 8).

Em acréscimo, apontam a extinção da punibilidade dos supostos crimes em face do Sr. José Martinez Fernandez, face ao transcurso do lapso temporal em razão da pena máxima abstratamente prevista para o delito, e o Estado não exercer sua pretensão punitiva, de acordo com o inc. IV do art. 107 do CPP (fl. 8).

Afirmam que, além de não haver evidências de que os Pacientes violaram o dispositivo do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, a ponto de serem responsabilizados pelo pagamento da eventual dívida, o ex sócio Sr. Luiz Carlos Carneiro sequer detinha poderes de administração da empresa, de onde decorre a ilegitimidade do recorrente em figurar como investigado no inquérito policial (fl. 10).

Aduzem que o I. Ministro do E. Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, relator do RE n. 628.075, (recurso com repercussão geral) determinou, em 24/10/2016, a suspensão de todos os processos que discutem o estorno de créditos de ICMS oriundos da Guerra Fiscal, como é o presente caso (fl. 91).

Pontuam que o crédito tributário objeto do AIIM encontra-se suspenso, inclusive, aguardando remissão, tendo em vista a adesão do Estado de São Paulo ao Convênio ICMS nº 86/2011 (fl. 16).

Postulam, então, o provimento do recurso nos seguintes termos (fls. 2223):

[...]

1) o reconhecimento da prescrição do eventual delito para o paciente José Martinez Fernandez, de acordo com o art. 115 do Código de Processo Penal;

2) a ilegitimidade paciente Luiz Carlos Carneiro para figurar como investigado nos autos do inquérito policial em questão, vez que não participava da administração da empresa;

3) a concessão do pedido liminar de suspensão das investigações do procedimento criminal, até decisão final do presente writ;

4) ao final julgamento, seja determinado o trancamento do inquérito policial Inquérito Policial nº 304/2012, distribuído sob o nº 0044671-41.2012.8.26.0050 junto ao Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO 3.2.2) do Fórum Central Criminal de São Paulo;

5) por fim, caso não seja esse o entendimento destes obres Desembargadores, pelo trancamento do procedimento criminal, seja determinada a suspensão das investigações até decisão final do RE 628075 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Indeferi o pedido liminar (fls. 146/147).

Opostos embargos de declaração, esses foram acolhidos apenas para esclarecimentos, sem atribuição de efeitos modificativos (fls. 159/160).

Prestadas as informações (fls. 166/208, 211/212 e 226/231), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, conforme se extrai (fls. 214/221):

RHC. Crimes tributários. Alegação de inexigibilidade dos débitos fiscais e suspensão das execuções fiscais. Matéria não analisada no tribunal estadual. Supressão de instância. Inocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Processo administrativo ainda em curso. Crédito tributário ainda não constituído. Súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal. Suspensão ou trancamento do inquérito policial. Via eleita inadequada para analisar questões que requerem o exame de fatos e provas.

Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Busca o recurso: (i) o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao recorrente José Martinez Fernandez; (ii) a exclusão do polo passivo da investigação do recorrente Luiz Carlos Carneiro; (iii) o trancamento do inquérito policial; ou, subsidiariamente, (iv) a suspensão das investigações policiais até o julgamento de mérito do RE n. 628.075.

De início, ressalto que não há como analisar a prescrição alegada, em razão da ausência de informações de eventual constituição do crédito tributário e do teor do enunciado na Súmula Vinculante 24: *não se tipifica crime material*

contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

Com relação à ilegitimidade do recorrente Luiz Carlos Carneiro, a via eleita não permite o profundo revolvimento dos fatos e das provas da ação penal, sob pena de desvirtuamento de sua função constitucional. Ademais, a aferição da legitimidade ou não de se figurar o polo passivo da ação penal é resultado intrínseco da instrução criminal, que se vier a findar e desaguar na exordial acusatória, indicará fundamentadamente os responsáveis pelo delito imputado.

Por fim, a questão de fundo que se põe aqui é a possibilidade do prosseguimento da investigação criminal, tendo em vista que pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal recurso repetitivo que suspendeu todas as ações em curso nas instâncias ordinárias.

É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, na via eleita, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade.

No caso, consta dos autos que os recorrentes estão sendo investigados pela suposta prática do delito tipificado no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1993, quando teriam sido autuados em 30/11/2009 pela empresa *Cambuci*, em razão de supostos créditos indevidos de ICMS, nos meses de novembro e de dezembro de 2004, em decorrência da não apresentação das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento filial situado em Brasília/DF e escrituradas no livro de registro de entradas.

Entretanto, como é cediço, o crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o Fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

No caso, conforme informações do Juízo singular, *a Fazenda do Estado de São Paulo teria considerado o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE de número*

82/2002, originário do processo de número 125.002.893/2002 de 17 de junho de 1999, como sendo irregular devido à falta de autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) - (fl. 58).

A hipótese dos autos retrata a situação da chamada “guerra fiscal” entre os entes federados, em que a concessão de benefício fiscal por um ente federativo ocorre sem amparo em convênio entre os Estados e o Distrito Federal, no âmbito do CONFAZ.

Assim, nesse contexto, o creditamento de ICMS realizado pelo contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos, conforme este Superior Tribunal tem decidido:

Habeas corpus substituto de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Crime contra a ordem tributária. Recolhimento de ICMS em operações interestaduais. Incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem. Não reconhecimento do benefício pelo Estado destinatário das mercadorias. Contexto de guerra fiscal entre estados federados. Lançamento exato de crédito de ICMS com base em lei estadual presumidamente válida. Posterior declaração de inconstitucionalidade da lei estadual pelo Supremo Tribunal Federal. Ausência do dolo de fraudar no momento dos lançamentos. Atipicidade da conduta. Constrangimento ilegal configurado. Trancamento da ação penal. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de *habeas corpus*, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade.

3. Hipótese em que o paciente foi acusado de sonegar tributo estadual devido ao Estado de São Paulo, na medida em que teria inserido, em suas escriturações, entre abril de 2005 e dezembro de 2006, créditos de ICMS não reconhecidos por esse ente federativo, no valor de R\$ 744.146,79, decorrentes de incentivos fiscais

concedidos pelo Estado do Paraná, com base nos art. 2º, § 2º e art. 4º, ambos da Lei estadual n. 13.212, de 29/6/2001, desse ente estatal.

4. *O crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.*

5. *No contexto da chamada “guerra fiscal”, o creditamento de ICMS realizado pelo contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos. Precedentes.*

6. A superveniente declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.212/2001, do Estado do Paraná, pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2.548-1/PR), não retira a boa-fé do paciente por ocasião dos lançamentos realizados entre abril de 2005 e dezembro de 2006, pois são anteriores à publicidade do acórdão proferido na referida ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produza, em regra, efeitos *ex tunc*, a qual não foi excepcionada no julgamento da referida ADI, importa considerar que a conduta do paciente pautou-se no princípio da presunção de legitimidade (ou da constitucionalidade) da lei e dos atos normativos do Poder Público.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente na ação penal n. 0000671-90.2013.8.26.0576 e determinar o seu trancamento.

(HC n. 326.959/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 06/09/2016 - grifo nosso)

Penal e processual penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Crimes contra a ordem tributária. Arts. 1º, II, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, c/c art. 69 do Código Penal. Denúncia. Inépcia não evidenciada. Alegada nulidade da decisão de recebimento da peça acusatória. Posterior análise das questões levantadas na resposta à acusação. Ausência de constrangimento ilegal. Suspensão do crédito tributário. Situação não comprovada. Dilação probatória. Impossibilidade. Recolhimento de ICMS em operações interestaduais. Guerra fiscal entre estados federados. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Recurso provido em parte.

1. Não é inepta a denúncia que, embora sucinta, contém a exposição do fato delituoso - recolhimento a menor de tributo devido a título de substituição tributária (ICMS-ST), em operações interestaduais de compra e venda de baterias automotivas -, com todas as suas circunstâncias - datas das infrações e montante do prejuízo ao fisco -, a qualificação do acusado, a classificação do crime - arts. 1º,

II, e 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, na forma do art. 69 do Código Penal - e a indicação de testemunha.

2. É indispensável, ao recebimento da denúncia, a fundamentação, ainda que concisa, especialmente no tocante à regularidade da inicial e à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sob pena de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. No caso dos autos, o magistrado tão somente lançou “recebo a denúncia”, sem mais considerações, contudo, analisou as teses apresentadas na resposta à acusação, consistentes na “preliminar de garantia de que (...) a defesa se manifeste por último”, na “inépcia da denúncia” e na “ausência de justa causa” para a propositura da demanda, não havendo qualquer nulidade nesse sentido, porquanto ausente prejuízo à defesa.

4. O trancamento de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de justa causa.

5. Não obstante a juntada de guia de depósito em judicial, o valor nela constante é inferior ao do débito de ICMS referido na denúncia. Ademais, não há prova de que o depósito tem relação com os fatos que deram origem à ação penal. Tais aspectos geram dúvidas acerca da quitação de todos os encargos inerentes à indigitada supressão do recolhimento do tributo, sendo certo que a solução da controvérsia implicaria dilação probatória, o que é vedado em sede mandamental.

6. Relevante, para a defesa, é que o recorrente é sócio-administrador de empresa sediada em Montes Claros/MG, que comercializa acumuladores elétricos de empresa pernambucana, beneficiária de incentivo fiscal previsto na Lei estadual n. 11.675/1999.

7. O incentivo consiste em direito a crédito presumido do ICMS, limitado ao valor do frete, nas saídas para Unidade da Federação localizada fora da Região Nordeste, a ser utilizado na apuração do ICMS normal.

8. *Esta Corte Superior já decidiu que “a guerra fiscal entre os Estados não pode dar causa a perseguição penal sem justa causa” (HC 4.307/SP, Rel. Ministro **Vicente Leal**, Sexta Turma, julgado em 14/4/1997, DJ 26/5/1997, p. 22.567).*

9. *Na mesma linha de raciocínio, em caso idêntico ao destes autos, esta Quinta Turma entendeu que “não se pode imputar a prática de crime tributário ao contribuinte que recolhe o tributo em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como mantém a fidelidade escritural dentro das normas (em princípio) válidas no âmbito dos respectivos entes da Federação” (EDcl no HC 196.262/MG, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).*

10. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se dá provimento, em parte, para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta.

(RHC n. 66.716/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/3/2016 - grifo nosso).

Em casos tais, embora os fatos possam ensejar a condenação na esfera tributária e a imposição do pagamento de tributo, não se configura nenhum crime contra a ordem tributária, já que ausente o dolo do agente, que deixou de pagar o tributo com fundamento em benefício fiscal cuja legalidade deve ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, já reconheceu a repercussão geral da matéria.

Confira-se:

Constitucional. Tributário. ICMS. Guerra fiscal. Cumulatividade. Estorno de créditos por iniciativa unilateral de ente federado. Estorno baseado em pretensa concessão de benefício fiscal inválido por outro ente federado. Arts. 1º, 2º, 3º, 102 e 155, § 2º, I da Constituição Federal. Art. 8º da LC 24/1975. Manifestação pela existência de repercussão geral da matéria.

(RE n. 628.075/RS, atual Relator Min. Edson Fachin, julgado em 13/10/2011)

Assim, as operações supostamente realizadas não são capazes, por si sós, de configurar a prática de crime contra a ordem tributária, uma vez que, além de não se amoldarem à infração penal prevista no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, inexistente previsão legal de crime contra a ordem tributária que abranja a operação em questão, configurando, no máximo, a ocorrência de um débito tributário.

Por fim, consta dos autos que o inquérito policial se encontra suspenso desde 15/2/2019, sem ainda ter sido oferecida denúncia (fl. 228).

Em razão da ausência de informações acerca das motivações que ensejaram a suspensão do feito pelo Juízo de origem, vislumbro a possibilidade e a necessidade deste Superior Tribunal de se pronunciar em relação à questão, uma vez que se deve aguardar o pronunciamento da Suprema Corte Federal.

Em face do exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus* para, reconhecendo a ausência de justa causa, trancar o andamento do Inquérito Policial n. 0044671-41.2012.8.26.0050.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 120.491 - PE (20190342148-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ricardo Sergio Lacet Pessoa

Advogados: Gervásio Xavier de Lima Lacerda - PE021074

Bruno Henning Veloso - PE022953

Carlos Lavoisier Pimentel Albuquerque - PE023102

Luana Lima Lacerda Ferreira - PE046400

Mário Fortunato de Sousa Amaral - PE031234

Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco

EMENTA

Recurso ordinário constitucional em *habeas corpus*. Crime previsto no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública. Recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública. Desobediência a requisição do Ministério Público. Indicação de elementos mínimos de autoria e materialidade, suficientes para o reconhecimento da justa causa. Alegação de ausência de dolo. Necessária incursão probatória. Via eleita inadequada. Impossibilidade de a jurisdição superposta adiantar-se no exame da controvérsia, sob pena de violação da partição constitucional de competências judiciais. Trancamento definitivo do procedimento criminal inviável. Impossibilidade de absolvição, *tout court*. Denúncia que, todavia, é lacunosa quanto às formalidades referidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 679RJ, rel. Ministro Dias Toffoli. Motivos pelos quais as informações requeridas são imprescindíveis à instauração ou à instrução de eventual ação civil pública não declinados. Recurso parcialmente provido.

1. Segundo o art. 10 da Lei n. 7.347/85, constitui crime “*a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público*”.

2. No caso, o *Parquet* estadual expediu três ofícios à Secretaria de Saúde do Município de Sirinhaém/PE, com a solicitação de informações sobre os horários de trabalho, cumprimento da carga

horária e local de trabalho de médicos ortopedistas. A documentação e os atos processuais constantes nos autos sugerem a falta de indicação precisa sobre o cumprimento, por médico contratado temporariamente, da carga horária contratual de cem horas mensais.

3. “No momento do recebimento da denúncia o *standard probatório* [é] *menos rigoroso*” (STF, Inq 4657, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 11/10/2018).

4. A análise da configuração de elemento subjetivo do tipo (no caso, o dolo) deve ser procedida no Juízo da causa principal, no decorrer da instrução criminal. Precedentes.

5. Também não se desconhece a orientação jurisprudencial no sentido de, “*por óbice do princípio do nemo tenetur se detegere, inexistir o dolo de desobediência da ordem se esta implicar autoincriminação ou situação jurídica desfavorável*” (STJ, RHC 85.496/BA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019). Todavia, três circunstâncias impedem que se adentre nesse exame: 1) a premissa de que o fornecimento integral das informações pelo Gestor deduziria inequivocamente sua responsabilização não se mostra de verdadeira, pois não há nos autos elementos suficientes para a conclusão de que o Recorrente omitiu-se na sua eventual tarefa de zelar direta e individualmente pela observância dos contratos temporários dos médicos, ou de algum modo concorreu para que o horário não fosse integralmente cumprido; 2) essa matéria não foi ventilada na inicial deste feito nem debatida pelo Tribunal Recorrido, motivo pelo qual esse exame consubstanciaria supressão de instância; e 3) a detida análise dos elementos subjetivos da conduta, no caso, constitui atribuição da instância prima.

6. Avaliar antecipadamente se os elementos requisitados constituem ou não dados técnicos usurpária atribuição da Justiça ordinária, pois conforme já definiu a Segunda Turma da Suprema Corte, “*avançar nas alegações postas na impetração, sobre a utilidade ou não dos documentos requisitados para fins de instruir a ação civil pública pelo Órgão Ministerial, e acerca da correta destinação dos dados solicitados – se concernentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos –, revela-se inviável nesta ação constitucional, por pressuporem o indevido*

revolvimento de fatos e provas da causa” (RHC 125.336-AgR, Rel. Ministro *Teori Zavascki*, julgado em 18/11/2016, DJe 30/11/2016).

7. Não é tarefa da jurisdição superposta adiantar-se na apreciação da causa, sob pena de violação da partição constitucional de competências judiciais. Apenas poderia ser diferente se houvesse a completa ausência de indicação de elementos mínimos de autoria e materialidade a lastrearem a justa causa – o que constituiria outra conjuntura, diversa da análise do fundo da controvérsia. Por isso a reticência da jurisprudência, categórica em prescrever que “*o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas*” (STF, HC 170.355 AgR, Rel. Ministro *Ricardo Lewandowski*, Segunda Turma, julgado em 24/05/2019, DJe 30/05/2019) – o que não é a hipótese.

8. Conjuntura que impede esta Corte de determinar o trancamento definitivo do procedimento criminal. Inviabilidade da pretendida absolvição, tout court.

9. Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 679RJ, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, estabeleceu que, na denúncia em que se imputa o cometimento do crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/85, é indispensável que órgão acusador *a) teça esclarecimentos “sobre a instauração de ações civis públicas sobre os temas versados nos ofícios cujas informações técnicas foram omitidas”, e b) refira-se à “imprescindibilidade das informações técnicas omitidas para os inquéritos civis para os quais foram requeridas as informações”* – ônus do qual o Ministério Público Estadual não se desincumbiu na hipótese.

10. Não há na peça acusatória quaisquer referências a instauração de inquérito civil ou de outro procedimento investigatório, seja do Ministério Público estadual, seja de outro legitimado para a propositura de ação civil pública.

11. Não basta o Ministério Público estadual tão somente aduzir a falta de precisão ou de maior detalhamento sobre a escala de trabalho do médico nas respostas do Gestor/Recorrente, mas esclarecer especificamente qual informação alegadamente lacunosa seria



indispensável para virtual ação civil, por se tratar a imprescindibilidade dos dados técnicos de finalidade específica referida no art. 10 da Lei n. 7.347/85.

12. Embora não se discuta que o conceito referido nesse tipo é aberto, há substancial diferença entre o que são elementos úteis e elementos necessários. E, no presente caso, se no próprio acórdão ora impugnado concluiu-se que o cumprimento da jornada não foi esclarecido pelo Recorrente, deduz-se que o *Parquet* narrou em sua exordial omissão de informações que seriam meramente convenientes, mas não essenciais à viabilidade de um procedimento cível. Por outro lado, se de fato ocorre na espécie motivo que justifica a imprescindibilidade dos dados, é dever do Acusador explicitá-lo.

13. Não se está a excluir, aprioristicamente, a possibilidade de prática de improbidade por parte do Agente Público, ou do profissional de saúde temporariamente contratado – juízo que, a propósito, deve ser procedido na seara cível competente. Igualmente, não se está a afirmar que a conduta do Recorrente é criminalmente atípica. As únicas constatações ora consignadas são as de que a narrativa da exordial acusatória não fundamenta validamente a necessidade substancial dos dados, nem a que ações cíveis eles concretamente visariam a instruir.

14. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente provido, para trancar a ação penal n. 0000163-73.2018.8.17.1400, em razão da inépcia da denúncia, sem prejuízo, todavia, do ocasional oferecimento de nova peça acusatória que observe integralmente os requisitos referidos pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte no julgamento da AP 679RJ, Rel. Ministro *Dias Toffoli*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr. Ministra Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2020 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe: 19.8.2020

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido liminar, interposto por *Ricardo Sérgio Lacet Pessoa* – qualificado nos autos como Secretário de Saúde do Município de Sirinhaém –, no qual consta como Recorrido o Ministério Público do Estado de Pernambuco.

Colhe-se nos autos que no dia 08/02/2019 foi recebida a denúncia oferecida contra o Recorrente no Processo-Crime n. 0000163-73.2018.8.17.1400. Nesse ato, o Juiz da causa consignou o que se segue (fls. 103-105):

"O Ministério Público do Estado de Pernambuco, por seu representante nesta Comarca, pleiteia a condenação de Ricardo Sérgio Lacet Pessoa nas penas do art. 10 da Lei da Ação Civil Pública.

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

A acusação é simples. O órgão ministerial requisitou informações específicas acerca da carga horária e local de trabalho de médico ortopedista, as quais não teriam sido prestadas a contento. [...].

[...].

Na peça vestibular, o órgão ministerial noticiava ter requisitado informações ao denunciado através dos ofícios nº 155/2018, 159/2018 e 162/2018, sustentando que as respostas não atenderam as requisições, razão pela qual o denunciado teria cometido o crime previsto no art. 10 da Lei que disciplina a Ação Civil Pública, omitindo informações indispensáveis à propositura da ação civil pública, de competência daquele órgão ministerial.

O Ministério Público sustenta que o denunciado, em três oportunidades, não respondeu acerca da carga horária do médico ortopedista Gilson Alves Falcão Filho em cada local de trabalho, vislumbra, assim, o órgão ministerial, o cometimento de crime previsto na legislação extravagante.

Ora, se o órgão ministerial se vê impossibilitado de impetrar Ação Civil Pública por carência de dados técnicos e informações que cabia ao denunciado prestar e a quem foi solicitado por três vezes, tenho que não estamos diante de uma denúncia manifestamente inadmissível ou improcedente.

Ante o exposto, presentes indícios suficientes de materialidade e autoria (arts. 41 e 395, do CPP), *recebo a denúncia.*"

Na inicial do presente feito, pugnou-se pelo trancamento do procedimento. A pretensão defensiva foi denegada no acórdão de fls. 122-142, assim ementado (fls. 127-128):

“Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Art. 10 da Lei n. 7374/85 (LACP). Inviabilidade. Necessidade de necessidade de dilação probatória. Via inadequada. Ordem denegada. Decisão unânime.

- Para que a conduta amolde-se ao tipo do art. 10 da Lei de Ação Civil Pública, é imprescindível a demonstração de ter o agente, intencional e deliberadamente, recusado, retardado ou omitido dados requisitados pelo Ministério Público, bem como que esses dados sejam de natureza técnica e indispensáveis à proposição da ação civil.

- Sabe-se que, em sede de *habeas corpus*, só é possível trancar a ação penal em situações muito especiais, como acontece nos casos em que é evidente e inafastável a negativa da autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em casos peculiares, em que pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais evidências.

- No caso, pelas respostas apresentadas pelo denunciado, verifica-se que, de fato, não restou esclarecido o horário total de trabalho do médico ortopedista contratado pelo município, principalmente em relação às 8hs remanescentes, cujo horário de cumprimento não foi fornecido pelo ora paciente, apesar da insistência da Promotoria. Portanto, a princípio, houve uma suposta omissão por parte do paciente na prestação das informações solicitadas pelo Ministério Público, o qual, ao contrário do alegado pelo impetrante, tem legitimidade para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993.

- Assim, presente, em tese, a conduta omissa, entendo que averiguar se os dados solicitados enquadram-se ou não no conceito de dados técnicos descritos no dispositivo legal em tese infringido, bem como perquirir se o paciente agiu ou não com o dolo, demandam, sem dúvidas, análise probatória, incompatível com a via eleita, de cognição sumária.- Portanto, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por meio da presente ação constitucional, já que seria necessário análise probatória, cuja valoração deverá ser feita, oportunamente, pelo juízo competente.

- Ordem denegada. Decisão unânime.”

Daí as presentes razões, em que o Recorrente, em suma, reitera os fundamentos da exordial destes autos, que foram sintetizadas pelo Relator do acórdão recorrido nos seguintes termos (fl. 122):

“Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito descrito no art. 10 da Lei n. 7.374/1985 (Lei da Ação Civil Pública), nos autos do processo n. 163-73.2018.8.17.1400.

Afirma o impetrante (fls. 2/13) que a denúncia narra fato atípico, pois paciente ‘não recusou, não retardou, tampouco se omitiu prestar as informações requisitadas pelo MP-PE’ (fl. 4). Assim, entende a defesa que, ao receber a denúncia e determinar o prosseguimento do feito, a autoridade impetrada impôs indevido constrangimento ilegal ao paciente.

Aduz que o trancamento da ação penal é medida incontestada, pois paciente atendeu aos ofícios do Ministério Público a contento, informando o dia, horário e local de atendimento do médico ortopedista contratado pelo município, inexistindo, portanto, enquadramento típico da conduta do agente ao delito descrito no art. 10 da Lei n. 7.374/85. Prossegue alegando que os dados solicitados não se enquadram na nomenclatura de dados técnicos exigidos pela Lei, [...] que inexistiu dolo na conduta do paciente e que a propositura de ação civil pública pelo Parquet cinge-se aos direitos difusos ou coletivos, o que não se amolda ao caso em tela.”

Requer, ao final, o trancamento do processo-crime.

Parecer da Procuradoria-Geral da República à fl. 191, assim fundamentado:

“O Ministério Público Federal vem, nos autos do processo em epígrafe, manifestar-se pelo não provimento do presente recurso ordinário, uma vez que a pretensão recursal para trancamento da ação não se justifica. O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. Neste caso, verifica-se que a denúncia atende aos requisitos do art. 41 do Código. Foi devidamente especificada a conduta perpetrada pelo paciente, possibilitando seu direito a defesa, e restou demonstrado que a conduta narrada se coaduna com a tipificação do delito. A demonstração cabal e com provas mais robustas ocorrerá ao longo da instrução criminal.”

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Segundo o art. 10 da Lei n. 7347/85, constitui crime “a *recusa*, o *retardamento* ou a *omissão* de dados técnicos

indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

No caso, o Ministério Público estadual encaminhou três ofícios à Secretaria de Saúde do Município de Sirinhaém (n. 155/2018, 159/2018 e 162/2018). Da leitura de seus teores, constato que em todos documentos foram solicitadas reiteradas informações sobre os horários da prestação dos serviços, cumprimento da carga horária e local de trabalho de médicos ortopedistas (fl. 19, fl. 24 e fl. 28). Os dois últimos expedientes foram específicos em relação ao médico Gilson Alves Falcão Filho, cujo contrato temporário firmado com a Administração Pública, segundo o Parquet, previa o cumprimento de 100 horas mensais de labor (fl. 28).

Na última resposta ao Ministério Público (Ofício n. 422/2018, datado de 04/06/2018), o Secretário Ricardo Lacet, ora Recorrente, limitou-se a declinar o que se segue (fl. 30):

“Em resposta ao ofício acima, desse órgão fiscal da Lei, reiteramos o conteúdo do ofício nº 041/2018 da Secretária Municipal de Saúde, para essa Promotoria, que esclarece o horário de trabalho do Ortopedista Dr. Gilson Alves Falcão Filho a partir de 01/05/2018 que é de 20 (vinte) horas semanais, conforme seu contrato de trabalho, sendo 12 (doze) horas em atividades assistenciais, com atendimento de 40 (quarenta) pacientes aos sábados no prédio do NASF, para aproveitar o espaço mais adequado, e complementando as outras 08 (oito) horas restantes em outras atividades, como pareceres para pacientes internos e demandas administrativas.”

Posteriormente, o Magistrado de primeiro grau, ao receber a denúncia, ressaltou que “*se o órgão ministerial se vê impossibilitado de impetrar Ação Civil Pública por carência de dados técnicos e informações que cabia ao denunciado prestar e a quem foi solicitado por três vezes, [não se está] diante de uma denúncia manifestamente inadmissível ou improcedente*” (fl. 105).

Esclarecida essa conjuntura, de início vale referir que o pretendido trancamento definitivo do Processo-crime não é possível.

Não se discute que, “*no momento do recebimento da denúncia o standard probatório [é] menos rigoroso*” (STF, Inq 4.657, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 11/10/2018) – o que impede, mormente nesta análise de cognição sumária, sobrepor-se à jurisdição de primeiro grau e, em substituição ao juízo competente para a instrução e julgamento do feito, reconhecer prontamente a atipicidade da conduta.

A propósito, diante desse óbice, vale também destacar que o Relator do acórdão recorrido, no voto condutor do julgado, concluiu que, *“de fato, não restou esclarecido o horário total de trabalho do médico ortopedista contratado pelo município”* (fl. 132). Por relevante, reproduzo fragmento do ato (fls. 131-133, sem grifos no original):

“No caso, o representante do Parquet a quo, consoante termo de atendimento de fl. 18, ouviu, no dia 8/5/2018, do cidadão José Cícero Pereira da Silva que o mesmo não conseguia uma consulta com o ortopedista da Secretaria de Saúde desde o mês de outubro de 2017. Em decorrência, o Ministério Público oficiou o gestor municipal, requerendo o atendimento do paciente em 10 dias e a informação referente ao nome dos médicos ortopedistas da localidade, horário de trabalho, carga horária pela qual foram contratados ou do cargo e número de atendimentos diários. No primeiro ofício respondido (fl. 20). O Secretário de Saúde, ora paciente, não diligenciou a marcação da consulta do cidadão, afirmando que a marcação de consultas é feita para todo o mês, sempre na primeira sexta feira, sem discriminar nenhum usuário. Quanto ao horário de trabalho do médico ortopedista, comunicou que foi contratado, por seleção pública, o Dr. Gilson Alves Falcão Filho, para o regime de 20 horas semanais, fazendo dois ambulatorios de 8hs nas segundas e terças-feiras, com, pelo menos, 20 atendimentos por dia, e complementando as horas restantes em atividades internas do Hospital Olímpio Machado Gouveia Lins. Juntou cópia do contrato temporário (fls. 21/22), onde se infere que o médico deveria obedecer a uma carga horária mensal de 100 hs.

Ora, pelas informações acima, depreende-se que o médico ortopedista, contratado em regime de 20 hs semanais, trabalhava segunda e terça, fazendo uma carga horária diária de 8hs, o que totalizam 16 hs, sendo que as 4 hs restantes eram cumpridas mediante trabalho interno. Contudo, não se sabe qual o horário certo das 8hs trabalhadas nas segundas e terças-feiras e em que dias e horários eram cumpridas as 4 horas restantes.

Reiterado o ofício pela Promotoria, desta feita advertindo-se do crime do art. 10 da LACP (fl. 24), o ora paciente respondeu (fl. 26), afirmando que promoveu com a marcação da consulta do cidadão queixoso, além de informar que o médico ortopedista passou a trabalhar 12 hs aos sábados, a partir das 7hs da manhã, no prédio do NASF, onde atende o 40 consultas, complementando as horas restantes em atividades internas do Hospital Olímpio Machado Gouveia Lins.

Sem ainda saber o horário total de trabalho do médico ortopedista do município, foi reiterado, mais uma vez, o ofício (fl. 27), especificando-se a necessidade de serem enviados o horário e local de trabalho do médico contratado, notadamente em relação ao cumprimento da carga horária de 100hs mensais prevista no contrato temporário. Em resposta, o paciente reiterou a informação prestada no ofício anterior (fl. 30).

Pelas respostas apresentadas pelo denunciado, verifica-se que, de fato, não restou esclarecido o horário total de trabalho do médico ortopedista contratado pelo município, principalmente em relação às 8hs remanescentes."

Nas razões da presente via de impugnação, o *Recorrente deixou de infirmar esse motivo. Em nenhum fragmento da peça a Defesa refuta a conclusão do Tribunal a quo de que não foi esclarecida a carga horária total de labor* por parte do médico ortopedista, a despeito de consubstanciar ônus da defesa demonstrar a constituição do direito alegado (STJ, RHC 121.975/MG, Rel. Min. *Laurita Vaz*) – o que reforça a impossibilidade de conclusão sobre a atipia da conduta que não seja pela jurisdição comum.

Alega o *Recorrente*, em sequência, que o crime de desobediência pressupõe a configuração de dolo específico. No entanto, conforme entendimento pacífico deste Tribunal, constatar a configuração ou não de elemento subjetivo do tipo cuida-se de exame que deve ser procedido no decorrer da instrução, não constituindo atribuição desta Corte, que não é o Juízo natural da causa principal, suspender antecipadamente a tramitação de procedimento criminal, por esse motivo.

A propósito, destaco julgados:

"Habeas corpus. Desobediência à decisão judicial que impôs a suspensão do exercício da vereança. Pretensão de trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Ausência de dolo. Necessária incursão probatória. Via eleita inadequada. Presença de justa causa. Inevidência de constrangimento ilegal.

1. O trancamento de ação penal em *habeas corpus* só é possível se comprovada, de plano, a atipicidade dos fatos ou a presença de causa extintiva da punibilidade, o que não ocorre no caso.

2. *A aferição do elemento subjetivo da infração penal, por demandar acurada incursão no conjunto das provas colhidas na instrução criminal, não pode ser feita na estreita via do writ. Precedente.*

3. Na hipótese, está presente a justa causa para prosseguimento da ação penal, porquanto há indicação de que paciente e corréu exerceram a vereança durante a vigência de medida de suspensão de exercício de cargo público e após terem sido reeleitos para a legislatura afeta aos anos de 2013 a 2016.

4. Ordem denegada. Liminar cassada. Pedido às fls. 163/167 prejudicado." (STJ, HC 301.117/RJ, Rel. Min. *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 13/08/2018; sem grifos no original.)

“Habeas corpus impetrado originariamente, a despeito da possibilidade de impugnação ao acórdão do tribunal a quo por intermédio de recurso especial. Inadequação da via eleita (ressalva do entendimento da relatora). Trancamento de processo-crime. Denúncia recebida pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei n.º 201/1967. Atraso na prestação de contas pelo prefeito municipal. Alegação de ilegitimidade passiva, pois o convênio que motivou a irregularidade nas contas foi firmado na gestão do ex-prefeito. Impossibilidade de sucesso do writ no ponto. Apresentação tempestiva das contas que compete a quem detém mandato. Ausência de dolo na infração. Elemento subjetivo do tipo a ser avaliado durante a instrução. Precedentes. Nulidade na publicação do acórdão. Ata do julgamento devidamente publicizada. Transcurso in albis do prazo para impugná-la. Questão fulminada pelo instituto preclusão. Ordem de habeas corpus não conhecida.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação não unânime de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial - a despeito do posicionamento contrário da Relatora, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal.

2. A alegação de que o Paciente é parte ilegítima no processo-crime em razão do convênio entre o Município de Paulo Afonso e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação ter sido firmado pelo ex-Prefeito não pode prosperar. A obrigação de prestar as contas tempestivamente é de quem atualmente ocupa o cargo de prefeito.

3. O atraso na prestação de contas por parte do Prefeito configura crime de responsabilidade, nos termos no art. 1º, VII, do Decreto-lei n.º 201/1967. E, conforme precedentes desta Corte, a verificação do elemento subjetivo do tipo (no caso, o dolo) é conclusão que decorre da fase instrutória, razão pela qual não pode ocorrer o trancamento adiantado do processo-crime.

4. A tese de que a publicação do acórdão padece de nulidade, por nele faltar o voto vencido que rejeitou a denúncia, resta fulminada pela preclusão, pois certidão cartorária esclarece que a ata do julgamento foi devidamente publicada, e que transcorreu in albis prazo para impugná-la.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.” (STJ, HC 249.835/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 28/08/2014; sem grifos no original.)

Ainda sobre a alegação de ausência de dolo, vale referir que não me olvido da orientação jurisprudencial no sentido de, *“por óbice do princípio do nemo tenetur se detegere, inexistir o dolo de desobediência da ordem se esta implicar autoincriminação ou situação jurídica desfavorável”* (STJ, RHC 85.496/BA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019).

Todavia, nesse aspecto, três circunstâncias impedem que se adentre nessa análise: 1) a premissa de que o fornecimento integral das informações pelo Gestor deduziria sua responsabilização não se mostra inequivocamente verdadeira, pois não há nos autos elementos suficientes para a conclusão de que o Recorrente omitiu-se na sua eventual tarefa de zelar direta e pontualmente pela observância dos contratos temporários dos médicos, ou de algum modo concorreu para que o horário não fosse integralmente cumprido; 2) essa matéria não foi ventilada na inicial deste feito nem debatida pelo Tribunal Recorrido, motivo pelo qual esse exame consubstanciaria supressão de instância; e 3) a detida análise dos elementos subjetivos da conduta, como já esclarecido, constitui atribuição da instância prima.

Suscita a Parte Recorrente, ainda, a atipia da conduta porque “o Representante do Ministério Público requisitou dados que não são considerados técnicos” (fl. 161). Todavia, concluir antecipadamente sobre a natureza dos elementos requisitados igualmente usurparia competência da Justiça ordinária, pois conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “*avançar nas alegações postas na impetração, sobre a utilidade ou não dos documentos requisitados para fins de instruir a ação civil pública pelo Órgão Ministerial, e acerca da correta destinação dos dados solicitados – se concernentes a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos –, revela-se inviável nesta ação constitucional, por pressuporem o indevido revolvimento de fatos e provas da causa*” (RHC 125.336-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, DJe 30/11/2016).

Também, no caso foi observado o requisito de que “*a ordem descumprida deve ser ‘individualizada’ e ‘transmitida diretamente ao destinatário, seja por escrito ou verbalmente’, sob pena de atipicidade do comportamento*” (STF, AP 679, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, DJe 29/10/2014), até porque os ofícios em resposta ao Ministério Público foram assinados pelo próprio Recorrente.

Ou seja, considerada toda essa conjuntura, infere-se não ser tarefa da jurisdição superposta adiantar-se no exame do mérito da causa, sob pena de violação da partição constitucional de competências. Apenas poderia ser diferente se houvesse a completa ausência de indicação de elementos mínimos de autoria e materialidade a lastrearem a justa causa – o que constituiria outra conjuntura, diversa da avaliação do fundo da controvérsia. Por isso a reticência da jurisprudência, categórica em indicar que “*o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de*

manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas” (STF, HC 170.355 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 24/05/2019, DJe 30/05/2019 – o que não é a hipótese.

Dessa forma, não é possível declarar a absolvição, *tout court*, do Recorrente, como pretendido.

Por outro lado, há uma questão meramente de direito que induz o reconhecimento de ilegalidade na hipótese: na denúncia ora impugnada, deixou-se de observar pressupostos referidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Ação Penal já mencionada em passagem anterior deste voto (n. 679RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, apreciada em 06/02/2014).

Do voto condutor desse julgado, reproduzo o seguinte fragmento, *in litteris* (sem grifos no original):

*“Diz respeito a acusação [...] portanto, a suposta desobediência qualificada praticada pelo denunciado, então Prefeito no Município de Nova Iguaçu/RJ, que, deliberadamente, **teria deixado de atender a determinações do Parquet para fornecer elementos informativos relevantes destinados a instruir procedimentos civis instaurados perante 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Nova Iguaçu.***

[...].

*[...] verifica-se [...] deficiência da denúncia no que toca à **imprescindibilidade das informações técnicas omitidas para os inquéritos civis onde foram requeridas as informações.***

É assente na doutrina que

*‘[a] lei não se limita a exigir que sejam de natureza técnica os dados requisitados. **Impõe** ademais **que os dados técnicos sejam indispensáveis à propositura da ação civil. A referência da lei, alinhada ao princípio da interpretação restritiva dos elementos do tipo, reclama o exame desse aspecto singular**’ (José dos Santos Carvalho Filho. Ação civil pública – comentários por artigo. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011. p. 333-334).*

Como bem destacado pelo Desembargador José Lunardelli em recurso que apreciou idêntica situação (EI nº 0003380-28.2003.4.03.6104/SP – TRF3 – 5/12/12),

‘o bem jurídico protegido pelo art. 10 da Lei 7347/85 não é o prestígio da autoridade da Administração, como ocorre no crime de desobediência,

previsto no art. 330 do Código Penal, porquanto o bem jurídico tutelado é a *'omissão ou retardamento de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público'*, de sorte que **não basta a mera conduta omissiva, mas sim o efetivo prejuízo à atuação do Ministério Público, o que não se verificou na hipótese em exame'**.

O mesmo se dá [...] na hipótese dos autos, pois, em momento nenhum, faz a denúncia referência à indispensabilidade das informações requisitadas ou à instauração de ações civis públicas sobre os temas, ou, ainda, ao prejuízo a elas em decorrência da falta das informações técnicas solicitadas à Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ.

*Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias (**Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004. t. 1. p. 508 (parte geral), a consciência do ilícito é o 'juízo de desvalor jurídico de ação', o qual não se avalia em sentido estritamente jurídico, 'sendo suficiente uma valoração paralela na esfera do leigo ou de uma 'advertência do sentido' no sentido da ilicitude da conduta'.*

É óbvio ainda que

'quanto mais anormais sejam as circunstâncias concomitantes, mais tênue a culpabilidade; em certos casos, esta anormalidade pode ser tão decisiva que ao agente já não lhe é possível – em termos gerais – adequar-se às prescrições do ordenamento; nestas hipóteses, não lhe poderá ser feita nenhuma censura, posto que não cabe exigir-lhe uma conduta distinta' (Enrique Cury Urzua. Derecho Penal – Parte General. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1985. t. IV/2-13).

Diante das múltiplas referências conceituais na doutrina e na jurisprudência, cito recente obra da eminente Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Justa causa para a ação penal. São Paulo: RT, 2001. p. 222), onde se procurou delimitar o conceito de justa causa, identificando-o com a possibilidade da ocorrência de condenação, afirmando que 'justa causa para ação penal corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E no plano axiológico, à legitimidade da acusação', completando que, 'para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada. Que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor, e um mínimo de culpabilidade'.

*Assim, [...] por falta de demonstração do elemento subjetivo e **por falta de mínima indicação da indispensabilidade das informações técnicas que se dizem omitidas, não há justa causa para o recebimento da denúncia ofertada.***

Tal precedente foi assim ementado:

*“Ação Penal. Processual Penal. **Crime de recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos (Lei nº 7.347/85, art. 10).** Intimação pessoal do denunciado para atendimento às requisições do Ministério Público. Não ocorrência. Ausência de dolo. **Indispensabilidade das informações técnicas solicitadas.** Não demonstração. Atipicidade. Falta de justa causa reconhecida. Denúncia rejeitada. Absolvição decretada (CPP, art. 386, III), com a ressalva do relator, que julgava improcedente a acusação (Lei nº 8.038/1990, art. 6º).*

1. Diz respeito a acusação a suposta desobediência qualificada praticada pelo denunciado, então prefeito no Município de Nova Iguaçu/RJ, que, deliberadamente, teria deixado de atender a determinações do Parquet de fornecer elementos informativos relevantes destinados a instruir procedimentos civis instaurados perante 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Nova Iguaçu.

2. É fundamental na espécie, a demonstração apriorística de que o agente tenha agido com dolo, já que não é punível, na espécie, a figura culposa.

3. A ordem descumprida deve ser ‘individualizada’ e ‘transmitida diretamente ao destinatário, seja por escrito ou verbalmente’, sob pena de atipicidade do comportamento. Doutrina e jurisprudência.

4. Há de estar presente intenção clara e direta de descumprimento da ordem por parte do apontado autor do ilícito, com demonstração, por ocasião do oferecimento da denúncia, de forma veemente e bastante clara, de que haja chegado a conhecimento do denunciado a determinação constante dos ofícios que lhe foram dirigidos.

5. **Verifica-se, ademais, deficiência na denúncia, a qual não se refere à imprescindibilidade das informações técnicas omitidas para os inquéritos civis para os quais foram requeridas as informações.**

6. **Não há na denúncia qualquer alusão sobre a instauração de ações civis públicas sobre os temas versados nos ofícios cujas informações técnicas foram omitidas pela Prefeitura Municipal de Nova Iguaçu/RJ.**

7. Denúncia rejeitada nos termos do art. 395, incisos I e III, do CPP, com a declaração da absolvição do denunciado com fundamento no inciso III do art. 386 do CPP, com a ressalva do Relator, que julgava improcedente a acusação com base no art. 6º da Lei nº 8.038/1990.” (AP 679RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, DJe 29/10/2014; sem grifos no original.)

Quanto à presente espécie, da mera leitura da denúncia oferecida na causa principal, constato que o Parquet não se desincumbiu do seu ônus de, ao imputar ao Recorrente o cometimento do crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/85, *declinar também as razões pelas quais as informações requeridas são imprescindíveis à instauração ou à instrução de ação civil pública.*

Para a devida compreensão, reproduzo, na íntegra, a peça acusatória oferecida contra o Agente Público (fls. 106-107; sem grifos no original).

“O Ministério Público do Estado de Pernambuco, por intermédio de seu promotor de justiça infrafirmado, no exercício de suas atribuições legais e institucionais, com fulcro no termo circunstanciado de ocorrência anexo, vem, perante Vossa Excelência, oferecer Denúncia em face de

Ricardo Sérgio Lacet Pessoa, Brasileiro, secretário municipal de saúde, CPF nº 105.364.824-15, RG nº 822523 SDS/PE, endereço profissional na sede da Prefeitura de Sirinhaém/PE;

pelo seguinte fato delituoso:

O denunciado recusou, retardou e omitiu dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Consta que, como objetivo de instruir os autos n. 2016/153652, no dia 3/5/2018, foi expedida o Ofício nº 155/2018, oriundo desta Promotoria de Justiça, requisitando ao denunciado, no prazo de 10 dias, o nome dos médicos ortopedistas, horário de trabalho, carga horária pela qual foi contratado ou do cargo e número de atendimentos diários. Em 11/05/2018, o acusado enviou o ofício n. 40/2018, porém não atendeu aos requisitos, eis que não providenciou a marcação de consulta médica nem indicou o horário de trabalho do médico ortopedista contratado pelo município de Sirinhaém.

Consta, ainda que, no dia 17/5/2018, foi expedido o Ofício n. 159/2018, reiterando a requisição ministerial no prazo de 10 (dez) dias, com a advertência do crime descrito no art. 10 da LACP, para que informasse o horário e local de trabalho do médico ortopedista Gilson Alves Falcão Filho. Em resposta, através do Ofício n. 41/2018, o denunciado, mais uma vez sem ofender aos requisitos, informou que houve mudança no horário de trabalho do médico ortopedista para ‘12 horas aos sábados, quando atende 40 consultas agendadas e complementa o resto de suas horas de contrato com atividades diversas no Hospital Olímpio Machado Gouveia Lins com pacientes internos e demandas administrativas’.

Diante da imprecisão da informação do horário de trabalho e, também, sem atender à carga horária de 100 (cem) horas mensais previstas no contrato temporário por excepcional interesse público n. 27/2017 do referido médico ortopedista, finalmente, foi expedido o Ofício nº 162/2018 no dia 24/05/2018, reiterando, mais uma vez, a requisição de dados técnicos indispensáveis à propositura ministerial, no prazo de 10 (dez) dias, consistentes no horário e local de trabalho do médico Gilson Alves Falcão Filho, em relação à carga horária de 100 (cem) horas mensais prevista no contrato temporário por excepcional interesse público nº 027/2017.

Mais uma vez o requisito não foi atendido, tendo o denunciado recusado, retardado e omitido dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil. Em sua resposta, através do Ofício nº 042/2018, o acusado ‘reiterou’ o conteúdo do ofício

nº 041/2018 e 'esclareceu' que 'o horário de trabalho do Ortopedista Dr. Gilson Alves Falcão Filho a partir de 01/05/2018 que é de 20 (vinte) horas semanais, conforme seu contrato de trabalho, sendo 12 (doze) horas em atividades assistenciais, com atendimento de 40 (quarenta) pacientes aos sábados no prédio do NASF, para aproveitar o espaço mais adequado, e complementando as outras 08 (oito) horas restantes em outras atividades como pareceres para pacientes internos e demandas administrativas.'

Dessa forma, permanece reiteradamente a recusa, retardamento e omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, requisitados pelo Ministério Público, já que não há como se verificar o cumprimento da carga horária pelo médico ortopedista Gilson Alves Falcão Filho sem a informação de seu horário de trabalho em cada local.

*Ante todo o exposto, requer o Ministério Público que Vossa Excelência determine recebimento da acusação, citação, defesa, instrução do feito, coleta de antecedentes criminais, interrogatório(s), alegações finais e julgamento com correspondente condenação do réu **Ricardo Sérgio Lacet Pessoa**, pela prática da conduta prevista no artigo 10, da Lei nº 7374/85."*

Reitero que, na AP 679, definiu o Plenário do STF que a denúncia deve a) referir-se concretamente "*sobre a instauração de ações civis públicas sobre os temas versados nos ofícios cujas informações técnicas foram omitidas*", e b) esclarecer a "*imprescindibilidade das informações técnicas omitidas para os inquéritos civis para os quais foram requeridas as informações*".

Com relação ao primeiro pressuposto, constata-se que na peça acusatória **não há quaisquer informações sobre a eventual instauração de inquérito civil ou de outro procedimento investigatório cível, seja do Ministério Público Estadual, seja de outro legitimado para a propositura de ação civil pública.** Independentemente de constar ou não nos autos do presente recurso tais referências, elas deveriam ter sido expressamente consignadas na denúncia.

Outrossim, quanto ao segundo requisito, não foi devidamente esclarecido que os dados ausentes constituiriam óbice à apuração cível ou mesmo à devida instrução de ação civil pública.

Relembro que o Relator do acórdão recorrido, em seu voto condutor, ressaltou, sobre o teor dos ofícios do Secretário de Saúde, que, "**de fato, não restou esclarecido o horário total de trabalho do médico ortopedista contratado pelo município**" (fl. 132, sem grifos no original). Ou seja, segundo premissa referida pela jurisdição origem, poderia já haver elementos suficientes à convicção sobre a inobservância da carga laboral pelo profissional de saúde.

Por isso, não basta o Ministério Público estadual tão somente aduzir a falta de precisão ou de maior detalhamento sobre a escala de trabalho do médico nas respostas do Gestor – como o fez em sua exordial –, mas esclarecer especificamente qual informação alegadamente lacunosa seria **indispensável para virtual ação civil, por se tratar a imprescindibilidade dos dados técnicos de finalidade específica referida no art. 10 da Lei n. 7.347/85**.

Embora não se discuta que o conceito referido nesse tipo é aberto, **há substancial diferença entre o que são elementos úteis e elementos necessários**. E, no presente caso, se no próprio acórdão ora impugnado concluiu-se que o cumprimento da jornada não foi esclarecido pelo Recorrente, deduz-se que o *Parquet* narrou em sua exordial a omissão de informações que seriam meramente **convenientes**, mas não **essenciais** à viabilidade de um procedimento cível. Por outro lado, se de fato ocorre na espécie motivo que justifica a imprescindibilidade dos dados, é dever do Acusador explicitá-lo.

Por fim, as presentes conclusões não excluem a possibilidade de que tenha ocorrido a prática de improbidade por parte do Agente Público, ou do profissional de saúde temporariamente contratado – juízo que, a propósito, deve ser procedido na seara cível competente. Igualmente, não se está a afirmar que a conduta do Recorrente é criminalmente atípica. As únicas constatações que ora consigno neste voto são as de que a narrativa da exordial acusatória não fundamentam validamente a necessidade substancial dos dados omitidos, nem a que ações cíveis eles concretamente visariam a instruir.

Ante todo o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para trancar a ação penal n. 0000163-73.2018.8.17.1400, em razão da inépcia da denúncia, sem prejuízo do oferecimento de nova peça acusatória que observe integralmente os requisitos referidos pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte no julgamento da AP 679/RJ, Rel. Ministro *Dias Toffoli*.

É como voto.