HABEAS CORPUS Nº 466.378 - SE (2018/0219903-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	MATHEUS DANTAS MEIRA E OUTROS
ADVOGADOS	:	EVÂNIO JOSÉ DE MOURA SANTOS - BA019306
		MATHEUS DANTAS MEIRA - SE003910
		FABIO BRITO FRAGA - SE004177
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PACIENTE	:	ANTONIO MARCOS CALUMBY DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. *FUNCIONÁRIO FANTASMA*. SUPERVENIENTE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL AO JUÍZO DE DIREITO PARA PROCESSAR E JULGAR O CASO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS E DAS DECISÕES TOMADAS. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O trancamento de ação penal no âmbito do *habeas corpus* é procedimento excepcionalíssimo, que merece a mais cuidadosa apreciação para que se evite, tanto quanto possível, a supressão da instância naturalmente competente para o deslinde da causa na sua inteireza.

2. Caso em que o Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra prefeito municipal e contra o ora paciente, ambos pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, por doze vezes (art. 71 do CP). Segundo a peça, no período de 2/1/2015 a 30/12/2015, apesar de o primeiro réu ter nomeado o segundo para exercer cargo em comissão, este, mesmo tendo recebido as remunerações correspondentes ao período mencionado, jamais desempenhou qualquer serviço público para o Município.

3. Muito embora a Corte estadual, após o recebimento da denúncia, tenha, em decisão superveniente à impetração deste *writ*, declinado da competência e determinado o encaminhamento do feito ao Juízo local, em razão de o suposto crime atribuído na denúncia aos acusados não ter sido cometido no exercício do atual mandato do Prefeito (2017-2020), este *habeas corpus* não está prejudicado. Isso porque foi preservada a validade de todos os atos praticados e decisões proferidas até então.

4. No caso, a conduta do paciente não se subsume à do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a não prestação de serviços pelo servidor público não configura o crime indicado. A descrição apresentada na denúncia contra o paciente não poderia condizer – em uma eventual *emendatio libelli* – nem com o tipo do art. 312 do Código Penal. Afinal, está pacificado o entendimento de que servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços atinentes ao cargo que ocupa não comete peculato. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou de ato de improbidade administrativa. Precedentes.

5. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao paciente e excluir o seu nome do polo passivo da demanda.

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 o Dr. Matheus Dantas Meira pelo paciente, Antonio Marcos Calumby da Silva.

Brasília, 22 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

HABEAS CORPUS Nº 466.378 - SE (2018/0219903-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus,* no qual se aponta constrangimento ilegal decorrente da admissibilidade pelo Tribunal de Justiça de Sergipe da acusação feita em desfavor de **Antonio Marcos Calumby da Silva** nos autos do Procedimento Investigatório Criminal n. 201800308971, que deu ensejo à Ação Penal n. 201800334557 (0010679-62.2018.8.25.0000).

O Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra o Prefeito do Município de Ilha das Flores/SE, Christiano Rogério Rego Cavalcante, e contra o ora paciente, ambos pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, por doze vezes (art. 71 do CP), ocorrido no período de 2/1/2015 a 30/12/2015, quando o primeiro réu nomeou o segundo para exercer o cargo em comissão de Diretor da Divisão de Pessoal da Secretaria Municipal da Administração do Município de Ilha das Flores/SE, sendo que, apesar de haver recebido as remunerações correspondentes ao período mencionado, este jamais desempenhou qualquer serviço público para o referido Município.

Neste *writ*, a alegação é atipicidade da conduta imputada ao paciente, pois, em síntese, não se verificam os elementos imprescindíveis para a configuração do tipo penal a ele imputado. E o argumento é de que, *para a configuração do delito em apreço há a necessidade da inversão de posse do dinheiro público para si, no entanto, os valores que o paciente manteve consigo são referentes a remuneração que lhe eram endereçadas de forma lícita, por meio do depósito regular promovido pela prefeitura, dentro dos mesmo parâmetros desempenhados para adimplemento dos vencimentos de todos os seus servidores* (fl. 10).

E mais (fl. 10):

> Não se pode imputar conduta de peculato na forma do Decreto-Lei n. 201/67 à percepção daquilo que lhe é próprio, recebido a título de remuneração pela ocupação de cargo de livre nomeação dentro dos ditames da lei.

> Caso constatado o descumprimento das suas obrigações laborais junto à prefeitura deve o paciente ser responsabilizado, após devido processo interno, no máximo, por falta administrativa disciplinar, mas nunca por crime de peculato.
>
> A conduta imputada ao paciente, não havendo apropriação ou desvio de verbas públicas, apresenta-se como flagrantemente atípica.
>
> [...]
>
> Ademais, é oportuno salientar que o enquadramento no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 se dá em respeito à comunicação de circunstâncias pessoais elementares ao tipo, prevista no art. 30 do Código Penal, diante do fato de o primeiro denunciado exercer o cargo de Prefeito do Município de Ilha das Flores/SE.
>
> Nota-se, entretanto, que a conduta prevista no supracitado dispositivo extravagante é idêntica ao tipo ordinário de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal.
>
> [...]

Como precedentes aplicáveis ao caso, são citados o AREsp n. 1.244.170/RN, o AREsp n. 1.643.325/GO, o RHC n. 60.601/SP, o REsp n. 1.142.568/MT e a APn n. 475/MT.

Segundo a impetração, no caso, *não há qualquer análise sobre a conjuntura fática ou sobre a higidez dos meios probatórios carreados aos autos* (fl. 15), pois *as matérias e teses veiculadas são estritamente jurídicas* (fl. 15).

Requer a concessão da ordem para trancar a ação penal e excluir o seu nome do polo passivo da demanda.

O pedido liminar de sobrestamento da ação penal foi indeferido (fls. 225/226).

Informações e documentos foram enviados pelo Tribunal estadual (fls. 231/302).

Opinou o Ministério Público Federal de acordo com esta ementa (fl. 304):

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO *WRIT*. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA QUE SE AMOLDAM À TIPIFICAÇÃO DO DELITO DO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N. 201/67. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. APTIDÃO DA DENÚNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO

CPP. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DA CONDUTA ATRIBUÍDA AO PACIENTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Na origem, após consulta realizada no portal do Tribunal de Justiça de Sergipe na internet, foi possível constatar que houve a declinação da competência daquela Corte para julgar o caso, com determinação de remessa do feito ao Juízo de Direito do Distrito de Ilha das Flores, na comarca de Pacatuba/SE, preservando-se a validade de todos os atos praticados e decisões proferidas.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 466.378 - SE (2018/0219903-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): De início, muito embora a Corte local tenha, em 24/5/2019, declinado da competência e determinado o encaminhamento do feito ao Juízo do município, em razão de o suposto crime atribuído na denúncia aos acusados não ter sido cometido no exercício do atual mandato do Prefeito (2017-2020), afirmo que este *habeas corpus* não está prejudicado. Isso porque foi preservada a validade de todos os atos praticados e decisões proferidas até então, entre as quais o recebimento da acusação contra o paciente.

Então, a questão está em saber se essa denúncia descreve conduta típica em relação a **Antonio Marcos Calumby da Silva**.

Para o Subprocurador-Geral da República José Adonis Callou, *a denúncia oferecida atende aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, descreve os fatos delituosos com todas as circunstâncias e está fundada em procedimento investigatório criminal que apurou as condutas imputadas ao acusado, ora paciente* (fl. 306).

E o Tribunal estadual, ao receber a peça, disse que (fls. 281/283 – grifo nosso):

> [...]
> Consta da peça incoativa a descrição detalhada da suposta conduta delitiva, especificando que o denunciado Christiano Rogério Rêgo Cavalcante, prefeito de Ilha das Flores, nomeou o denunciado Antônio Marcos Calumby da Silva para o cargo em comissão de Diretor da Divisão de Pessoal da Secretaria Municipal da Administração do Município.
> Vislumbra-se, ainda, a informação de que este último nunca prestou qualquer tipo de serviço para a prefeitura, podendo ser caracterizado como funcionário fantasma.
> Além disso, **a exordial descreveu que a intenção do prefeito municipal era desviar dinheiro público em benefício do servidor nomeado, uma vez que este recebeu vencimentos (verba pública), durante os meses de janeiro/2015 a dezembro/15, sem que precisasse realizar qualquer tipo de contraprestação**.
> Portanto, o que se vislumbra é que, em razão de tais fatos, a acusação atribui ao prefeito denunciado a autoria do crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, praticado em coautoria pelo denunciado Antônio Marcos Calumby da Silva.

Ressalte-se que não assiste razão aos denunciados ao afirmar que o prejuízo não teria sido demonstrado na Denúncia pelo órgão acusatório. Isso porque a inicial indicou precisamente que a verba desviada seria equivalente à remuneração recebida pelo funcionário comissionado durante 12 meses.

Lado outro, a materialidade está evidenciada a partir dos seguintes documentos acostados aos autos: inquérito civil instaurado pela Promotora de Justiça de Pacatuba, decreto de nomeação e de exoneração e ficha financeira do então servidor comissionado Antônio Marcos Calumby da Silva.

[...]

Com efeito, enquanto responsável pelas nomeações de cargos – sobretudo os em comissão –, o prefeito municipal possui disponibilidade jurídica dos valores, muito embora a disponibilidade fática seja do ordenador de despesas. Dessa forma, em princípio, o prefeito municipal tem a possibilidade de, visando beneficiar alguém, nomeá-lo para cargo em comissão apenas para que receba remuneração, sem precisar trabalhar. Tal conduta, indiscutivelmente, configura desvio de renda pública para satisfação de interesse privado.

Todavia, as circunstâncias fáticas que rodeiam o caso concreto só poderão ser objeto de comprovação e análise ao longo da instrução criminal. É dizer, o elemento subjetivo do tipo, o real objetivo do denunciado Christiano Rogério Rêgo Cavalcante e suas razões, é matéria afeita à instrução, demandando valoração do acervo probatório. Logo, não merece guarida a alegação de que a ausência da descrição do elemento subjetivo enseja a não instauração da ação penal.

No mesmo passo, também não assiste razão ao codenunciado Antônio Marcos Calumby da Silva ao alegar a atipicidade de sua conduta. *Ab initio*, **reconheço a existência de importantes precedentes afirmando que o funcionário "fantasma" não pode ser enquadrado como autor do crime do art. 312 do CP, pois que, embora descumpra seu dever administrativo de prestar serviços, percebe vencimentos do cargo para o qual foi regularmente nomeado, na forma da lei. Ou seja, não poderia ele se apropriar ou desviar algo que recebe legalmente. Responderia, assim, administrativamente e civilmente, mas não criminalmente.**

Em que pese isso, conquanto os tribunais estaduais e superiores realmente possuam precedentes no sentido de que a conduta do servidor público que recebe sem prestar serviços não se amolda à figura típica do crime de peculato do art. 312, do CP, a conclusão é outra quando se trata de ser coautor de crime de peculato cometido por prefeito (art. 1º, I, Del 201/67). Com efeito, devidamente respeitadas as regras referentes ao concurso de agentes, nada impede que o funcionário, nomeado pelo prefeito que comete peculato desviando renda pública, responda como coautor deste crime específico do alcaide.

Desse modo, não sendo o caso de inépcia da inicial, existindo justa causa a autorizar o processamento da ação penal e vislumbrando-se, em tese, figuras típicas, completamente inviável a rejeição da denúncia ou a absolvição sumária dos denunciados nesta oportunidade. Destarte, estão presentes as condições indispensáveis para o recebimento da exordial acusatória, pois as partes são legítimas, há interesse de agir,

> possibilidade jurídica do pedido e justa causa, em razão da existência de indícios da autoria e materialidade do delito.

É certo que o trancamento de ação penal no âmbito do *habeas corpus* é procedimento excepcionalíssimo, que merece a mais cuidadosa apreciação para que se evite, tanto quanto possível – como anotado pelo parecerista –, *a supressão da instância naturalmente competente para o deslinde da causa na sua inteireza* (fl. 306).

No caso, a excepcionalidade está configurada.

Em 4/12/2018, em outro caso proveniente do estado de Sergipe, no qual se discutia a contratação de chamados *funcionários fantasmas* e se pretendia que fossem os então contratados condenados pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, a Sexta Turma acolheu o voto do Ministro Nefi Cordeiro segundo o qual:

> Nos termos do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, constitui crime de responsabilidade dos prefeitos *apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.*
>
> Ocorre que pagar ao servidor público não constitui desvio ou apropriação - é obrigação legal.
>
> A forma de provimento, direcionada ou não, em fraude ou não, é questão diversa, passível inclusive de sanções administrativas ou civis, mas não o crime imputado.
>
> De outro lado **a não prestação de serviços pelos servidores tampouco configura o crime discutido, também sendo passível de responsabilização funcional e até demissão**.
>
> Nesse contexto, verifica-se que **as condutas dos recorridos não se subsumem à referida norma**, porquanto a contratação de parentes próximo do Prefeito com o posterior o pagamento aos servidores públicos, que recebem a remuneração e não prestam os serviços.
>
> (REsp n. 1.633.248/SE, DJe 4/2/2019)

Nem se poderia afirmar, conforme outros julgados desta Casa, que a descrição apresentada na denúncia contra o paciente poderia condizer – em uma eventual *emendatio libelli* – com o tipo do art. 312 do Código Penal. Afinal, está pacificado o entendimento de que *servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato* (APn n. 475/MT, Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 6/8/2007). Configuração, em tese, de falta disciplinar ou de ato de improbidade administrativa.

No mesmo sentido, entre outros: RHC n. 60.601/SP, Ministro Nefi Cordeiro, DJe 19/8/2016; e AgRg no AREsp n. 1.244.170/RN, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/8/2018.

A situação do paciente não se confunde com outra tida por típica pela nossa jurisprudência. O Ministro Ribeiro Dantas, ao levar ao conhecimento da Quinta Turma o RHC n. 115.058/SC, diferenciou as situações, citando até julgados da Suprema Corte. De acordo com o voto de S. Exa.:

> O Supremo Tribunal Federal, no Inq 3.006, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/6/2014, DJe 22/9/2014, **distinguiu**, de um lado, **os casos em que o objeto material da conduta reside na apropriação ou no desvio de valores pecuniários consistentes na remuneração de funcionário "fantasma"** (STF, Inq 1.926 e 2.449), situação análoga à destes autos, e, de outro lado, **aquelas em que o fato imputado consiste em os servidores se apoderarem de sua própria remuneração, embora sem prestar os serviços atinentes ao cargo que ocupam**, o que poderia, em tese, configurar infração disciplinar ou ato de improbidade administrativa, mas não configura fato típico.
>
> Esta é a ementa do Inq 3.006, acima referenciado:
>
> "Inquérito. Denúncia. Peculato (art. 312 do CP). Denunciado que teria nomeado servidor para seu gabinete, mantendo-o em função comissionada, sem que esse prestasse o correspondente. Aventado desvio de recursos públicos em proveito alheio. Ausência de dolo. Atipicidade reconhecida. Ausência de justa causa. Denúncia rejeitada. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para trancar a ação penal em relação a Francisco Pereira dos Santos Júnior.
>
> 1. Não se pode inferir do simples fato de o servidor requisitado ser filho de um conhecido do denunciado que isso tivesse importado em autorização para que ele não comparecesse ao trabalho, não havendo o necessário dolo exigido para a tipificação da infração que lhe imputa o *Parquet*.
>
> 2. Não se vislumbra, nos autos, ação praticada pelo investigado tendente a desvio de recursos públicos para contratação, às expensas do erário, de funcionário privado ou 'fantasma', tal como se deu na hipótese versada no Inq. n. 1.926/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie (DJe de 21/11/08) ou no Inq. 2.652/PR, de minha relatoria (DJe de 11/10/11).
>
> 3. Não se cuida, na espécie, de hipótese de utilização do servidor público para a realização de serviços privados ao denunciado, mas situação totalmente diversa daquelas narradas nas hipóteses antes indicadas, nas quais o objeto material da conduta eram os valores pecuniários desviados pelos denunciados (dinheiro correspondente à remuneração de pessoa como assessor ou auxiliar).
>
> 4. Denúncia rejeitada.
>
> 5. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para trancar a ação

> penal em relação a Francisco Pereira dos Santos Júnior."
> (STF: Inq 3.006, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 24/6/2014, DJe 22/9/2014, grifou-se).

Assim, como a hipótese em apreço diz respeito à narrativa de recebimento, pelo chamado *funcionário fantasma*, nomeado para cargo em comissão por prefeito, de valores pecuniários consistentes na sua própria remuneração, é caso, sim, de **concessão** da ordem, em relação a **Antonio Marcos Calumby da Silva**, para trancar a ação penal e excluir o seu nome do polo passivo da demanda.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0219903-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 466.378 / SE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027480820188250000 201501399715 201800308971 201813889 27480820188250000

EM MESA JULGADO: 22/10/2019

Relator
Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	MATHEUS DANTAS MEIRA E OUTROS
ADVOGADOS	:	EVÂNIO JOSÉ DE MOURA SANTOS - BA019306
		MATHEUS DANTAS MEIRA - SE003910
		FABIO BRITO FRAGA - SE004177
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
PACIENTE	:	ANTONIO MARCOS CALUMBY DA SILVA
CORRÉU	:	CHRISTIANO ROGERIO REGO CAVALCANTE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Responsabilidade

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MATHEUS DANTAS MEIRA, pela parte PACIENTE: ANTONIO MARCOS CALUMBY DA SILVA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu 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.