

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 117.522 - TO (2019/0263417-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : K B N
ADVOGADOS : DEARLEY KÜHN - TO000530
EUNICE FERREIRA DE SOUSA KUHN - TO000529
ROGER SOUSA KUHN - TO005232
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por K. B. N. em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS, assim ementada (fl. 151):

EMENTA: HABEAS CORPUS - DIREITO PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL - IMPOSSIBILIDADE - MEDIDA EXCEPCIONAL SOMENTE CABÍVEL PELA VIA ESTREITA DO HC QUANDO DEMONSTRADA A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - NA HIPÓTESE NÃO DEMONSTRADA DE PLANO - DENEGACÃO DA ORDEM - MEDIDA QUE SE IMPÕE - ORDEM DENEGADA. 1. O trancamento do Inquérito Policial pela estreita do HC é medida e excepcional, e somente se admite quando demonstrada, de plano, através de prova pré-constituída, a atipicidade do fato, ou a inexistência de indícios de autoria (STJ - AgReg no HC - 456639 - 26/10/2018), o que não ocorre no presente caso. 2. - In casu, há elementos que, em tese, indicam que houve a prática de conduta criminal, relativa ao recebimento indevido de valores do erário, e dentro deste contexto, não há que se falar em ausência de justa causa para prosseguimento da investigação policial, mesmo porque uma intervenção nesta fase embrionária, seria prematura. 3. A existência de equívoco na capitulação jurídica do delito que se pretende investigar, constitui mera irregularidade no enquadramento legal do inquérito, sem possibilidade de anulação de eventual ação penal, e nem por isso não tem o condão de provocar trancamento via Habeas Corpus. 4. Ordem denegada.

Consta dos autos que se instaurou inquérito policial para apurar a prática do delito previsto no art. 312 do Código Penal.

Ato seguinte, impetrou-se *habeas corpus* perante a Corte de origem, pleiteando o trancamento do inquérito policial, contudo a ordem foi denegada.

No presente recurso, alega que seria devido o trancamento do inquérito policial, uma vez que a paciente não praticou o delito de peculato, tendo em vista que *O caso em tela traz a investigação para comprovar apenas se a Paciente trabalhou ou não no período em que ficou à disposição da Secretaria de Governo e Articulação Política do Estado do Tocantins recebendo para tanto. Destaca que o alegado no inquérito é que os vencimentos recebidos pela Paciente foram pagos pelo Estado do Tocantins a título de salário, sem que a mesma oferecesse contraprestação, com estrito cumprimento da lei e das normas administrativas, não*

se vislumbrando no pagamento e no recebimento o menor resquício de ilegalidade, daí porque a tese acusatória/inquisitória sobre a ocorrência do crime de peculato ou ainda de qualquer outro tipo penal que pudesse ser relacionado esvai-se, onde poder-se-ia, em tese, considerar sua ação como improbidade administrativa, mas não crime.

Requer o provimento do recurso para que seja determinado o trancamento do inquérito policial.

Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

No concernente ao pleito de trancamento do inquérito policial, tem-se que o Juízo de primeiro grau denegou o *habeas corpus* impetrado perante a Vara Criminal, nos seguintes termos (fls. 137-140 do apêndice 1):

Fundamento e decido.

Em uma análise sumária, a única permitida nesta fase investigativa, verifico que a ordem também não deve ser concedida em definitivo.

Num primeiro momento, importante destacar que segundo a jurisprudência sedimentada no âmbito dos Tribunais Superiores, o trancamento de inquérito policial via Habeas Corpus só é possível quando demonstrada, de plano, a ocorrência de atipicidade da conduta, de circunstâncias extintivas da punibilidade ou ausência de materialidade e indícios de autoria, vejamos os julgados:

Fundamento e decido.

Em uma análise sumária, a única permitida nesta fase investigativa, verifico que a ordem também não deve ser concedida em definitivo.

Num primeiro momento, importante destacar que segundo a jurisprudência sedimentada no âmbito dos Tribunais Superiores, o trancamento de inquérito policial via Habeas Corpus só é possível quando demonstrada, de plano, a ocorrência de atipicidade da conduta, de circunstâncias extintivas da punibilidade ou ausência de materialidade e indícios de autoria, vejamos os julgados:

[...]

Pelo menos por ora, essas situações excepcionais não parecem estar presentes nos autos.

A alegação da paciente é no sentido de que a conduta investigada é desprovida de tipicidade, não configurando, portanto, o crime atribuído a ela pela autoridade policial nessa fase preambular.

As investigações, por outro lado, apontam que a paciente foi efetivada como servidora do Estado do Tocantins, lotada na Secretaria de Estado da Saúde, no ano de 1994.

A partir de 2016, por meio de um pedido feito pessoalmente ao governador da época, a paciente foi cedida para a Secretaria-Geral de Governo e Articulações Políticas, tendo permanecido vinculada ao referido órgão até o mês de agosto de 2018, oportunidade em que pediu licença do cargo por interesse particular.

Ainda de acordo com as investigações, parece que durante o período em que esteve lotada na Secretaria-Geral de Governo, a paciente não desenvolveu nenhuma

atividade laborai.

Ao que consta, ela supostamente permaneceu com sua residência e empreendimentos firmados nesta cidade, sendo que, ao realizar viagens para a cidade de Palmas - TO, se dirigia ao órgão público em que estava lotada e, ao que parece, assinava normalmente sua frequência.

Os elementos indiciários também estão a indicar que a paciente pode ter recebido normalmente seus proventos durante o período em que esteve cedida a Secretaria -Geral de Governo, sem, contudo, realizar a devida contraprestação de serviços.

Portanto, procedendo a uma análise superficial dos documentos acostados no bojo do IP e das medidas cautelares que o instruem, vejo que, na espécie, pelo menos nesta quadra, não tem como se afirmar de forma indiscutível que não há uma conduta criminosa por parte da paciente, mostrando-se prematuro o trancamento do inquérito policial nesta seara.

Ao que parece, também não está caracterizada nenhuma causa extintiva de punibilidade.

Portanto, pelos fundamentos acima lançados, não há, pelo menos neste momento, que se falar em trancamento do inquérito policial instaurado em face da paciente.

A Corte de origem, ao denegar a ordem no *habeas corpus*, entendeu que (fls. 145-149):

Passo a proferir meu voto.

Esclareço que em favor da paciente foi impetrado HC perante o juízo da 1ª Vara Criminal de Araguaína, em que era apontada como autoridade coatora a Delegada da 1ª Delpol Civil de Araguaína, posteriormente foi impetrado um segundo Habeas Corpus nº 0030602-20.2018.827.0000, perante este Tribunal, o qual não foi conhecido, ao argumento que haveria de supressão de instância, tendo em vista encontrar-se pendente de julgamento o writ impetrado na instância monocrática.

Contudo, esclarecem que sobrevindo a denegação da ordem nos autos impetrados perante o juízo a quo (nº 0024861-29.2018.827.2706), o pleito foi renovado através da presente impetração.

Em resumo o impetrante pretende a concessão da ordem para trancamento do Inquérito Policial nº. 0023485-08.2018.827.2706, instaurado com a finalidade de investigar suposta prática do crime capitulado no art. 312 do Código Penal (peculato), em síntese alega o impetrante que inexistente justa causa para o prosseguimento do IP, sob entendimento de que o fato, em si, não constitui infração penal, no ponto aduz que a capitulação do delito na Portaria de instauração do IP foi equivocada, eis não há correspondência entre a tipificação dada pela portaria que instaurou o procedimento policial administrativo (art. 312, do Código Penal) e os fatos apurados, os quais reputam que ainda que fossem verdadeiros não seriam típicos, sendo, no máximo, imorais ou passíveis de infração administrativa.

Pois bem, destaco de início que o trancamento do Inquérito Policial pela estreita do HC é medida e excepcional, e somente se admite quando demonstrada, de plano, através de prova pré-constituída, a atipicidade do fato, ou a inexistência de indícios de autoria (STJ - AgReg no HC - 456639 - 26/10/2018), o que não ocorre no presente caso.

Com e feito denota-se que in casu, há elementos que, em tese, indicam que houve a prática de conduta criminal, relativa ao **recebimento indevido de valores do erário**, e dentro deste contexto, não há que se falar em ausência de justa causa para

prosseguimento da investigação policial, mesmo porque uma intervenção nesta fase embrionária, como bem pontuou o diligente Representante do Parquet, seria prematura.

A propósito, é oportuno mencionar que questão similar, em processo da minha Relatoria, julgado por este I. Colegiado á unanimidade, foi proferido o seguinte acórdão, verbis:

[...]

Portanto, sob este aspecto, tenho que descabe falar em trancamento da ação penal, não havendo também qualquer constrangimento ilegal decorrente da investigação policial que visa esclarecer possível desvio de verbas públicas.

O impetrante sustenta, ainda, que houve equívoco na capitulação jurídica do delito que se pretende investigar, contudo tal fato, que constitui mera irregularidade no enquadramento legal do inquérito, sem possibilidade de anulação de eventual ação penal, e nem por isso não tem o condão de provocar trancamento via Habeas Corpus.

[...]

Ademais, verifico que as argumentações expendidas pelo impetrante, são teses de defesa, que demandariam para sua verificação análise de provas, o que é vedado na via estreita do HC.

Com estes argumentos afasta-se a tese de ausência de justa causa para prosseguimento das investigações, não havendo que se falar em trancamento do IP. Face ao exposto, acolho o parecer ministerial, e encaminho meu voto no sentido de denegar a ordem pugnada, ante a ausência de constrangimento ilegal, sanável pela via do writ of habeas corpus.

Com efeito, nota-se que foi instaurado inquérito criminal para apurar o recebimento de proventos pela paciente sem a devida contraprestação de serviços. O inquérito visava apurar a prática do delito previsto no art. 312 do Código Penal.

Quanto ao tema, este Tribunal superior entende que servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato:

PENAL E PROCESSO PENAL DENÚNCIA GENÉRICA PECULATO:
TIPICIDADE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
PROVIDÊNCIAS.

1. A jurisprudência repudia denúncia genérica, mas restringe a qualificação quando a imputação penal não é imprecisa, impedindo a exata compreensão da acusação.
2. O crime de peculato exige, para sua configuração em qualquer das modalidades (peculato furto, peculato apropriação ou peculato desvio), a apropriação, desvio ou furto de valor, dinheiro ou outro bem móvel.
3. Servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato.
4. Configuração, em tese, de falta disciplinar ou ato.
5. Denúncia rejeitada.
6. Encaminhamento de peças ao Conselho Nacional de Justiça e ao Ministério Público Estadual.

(Apn n. 475/MT, Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 6/8/2007)

Na ocasião, a eminente Relatora, em seu voto, assim consignou:

[...] não vejo como enquadrar a conduta descrita no tipo do art. 312 do Código Penal, o qual exige, em qualquer das modalidades (peculato furto, peculato apropriação ou peculato desvio), a apropriação, desvio ou furto, em benefício próprio ou alheio, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. O funcionário público que se apropria dos salários que lhe são endereçados de forma lícita e não cumpre o dever de contraprestar os serviços para os quais foi contratado comete grave, ou melhor gravíssima, falta funcional e administrativa, podendo configurar-se em ato de improbidade administrativa, mas não há tipicidade penal, muito menos sob a roupagem do peculato.

A propósito, no mesmo sentido, outro precedente desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE ACERCA DO TEMA. DECISÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR MEIO DE HABEAS CORPUS. INEQUÍVOCA COMPROVAÇÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. VIA ADEQUADA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. É válida a decisão monocrática proferida por relator quando houver entendimento dominante acerca do tema e, no caso, existe decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria discutida nos presentes autos.
2. Encontra-se pacificado, no âmbito desta Corte Superior de Justiça, o entendimento de que não comete o crime de peculato o servidor público que recebe salários sem que tenha oferecido a contraprestação de seus serviços.
3. Portanto, idôneo o fundamento apresentado pela Corte estadual para justificar o trancamento da ação penal, pois inserto na hipótese de inequívoca comprovação da atipicidade da conduta.
4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 1762296/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019).

É a hipótese dos autos, em que a paciente, embora recebesse licitamente o salário que lhe era endereçado, não cumpriu o dever de contraprestar os serviços para os quais foi contratado.

Assim, foi cometido grave falta funcional ou administrativa, mas, no âmbito penal, atípicas, portanto, as condutas, em relação ao crime de peculato.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso em *habeas corpus* para determinar o trancamento do inquérito criminal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

