



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE Nº 48 - RN (2023/0230588-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
REQUERENTE : ALOISIA MARIA MITTERER
REQUERENTE : DAMIAO VITAL DE ALMEIDA
ADVOGADOS : FÁBIO CUNHA ALVES DE SENA - RN005036
RAFFAEL GOMES CAMPELO - RN009093
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CORRÉU : ERICK WILSON PEREIRA
CORRÉU : ROBINSON MESQUITA DE FARIA
CORRÉU : RICARDO JOSE MEIRELLES DA MOTTA
CORRÉU : WILSON ANTONIO PEREIRA
CORRÉU : ADELSON FREITAS DOS REIS
CORRÉU : FRANCISCO PEREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

DECISÃO

Trata-se de pedido de Tutela Cautelar Antecedente formulado com fundamento no art. 1.029, § 5º, III, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal, visando atribuir efeito suspensivo ao RHC n. 183.011/RN, distribuído nesta Corte de Justiça em 26/6/2023, e interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* CRIMINAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME DE PECULATO (ART. 312, CP). SERVIDORES 'FANTASMAS'. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM SUSCITADA PELA 15.^a PROCURADORIA DE JUSTIÇA. EXAME PRETENDIDO INCABÍVEL NA VIA DO *WRIT*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE POSSÍVEL NOS LIMITES DE COGNIÇÃO DO *MANDAMUS*. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU AFASTANDO A TESE ORA VENTILADA. REJEIÇÃO. MÉRITO. TRANCAMENTO DE AÇÕES/INQUÉRITOS NA VIA DO *HABEAS CORPUS* COMO MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DE FORMA INEQUÍVOCA/CABAL. ESTREITOS LIMITES DE COGNIÇÃO DO *WRIT* QUE NÃO PERMITEM CRAVAR A VINDICADA ATIPICIDADE. INVIABILIDADE DE INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SEGUIMENTO DA *PERSECUTIO*. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. “2. O trancamento de ações penais e inquéritos policiais por meio de habeas corpus é providência excepcional, somente viável quando houver comprovação, de plano, de inépcia da peça acusatória, atipicidade da conduta ou constatação de causa extintiva da punibilidade e, ainda, quando não forem apresentados elementos indiciários mínimos de autoria ou prova de (AgRg no HC n. materialidade delitiva.” 803.388/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 5/5/2023.). Rejeição da preliminar.
2. Não logrou a impetração demonstrar, de forma cabal e inequívoca, a configuração de nenhuma das hipóteses permissivas de trancamento da ação penal. Ao contrário, a denúncia preenche a contento os requisitos do art. 41 do CPP, existindo indícios mínimos de autoria e materialidade, não restando demonstrada causa extintiva de punibilidade.
3. A partir do estreito limite cognitivo cabível no rito do habeas corpus, não ficou evidenciada a atipicidade da conduta. Em verdade, constam fortes indícios de que os ora pacientes tenham sido beneficiados em esquema de contratações públicas (servidores fantasmas) para auferir rendimentos sem que tenham qualquer vínculo com a Administração Pública.
4. Neste azo, sendo certo que a instrução ainda se encontra no início, e que ainda não há certeza acerca da moldura fática a ser efetivamente impingida aos réus, dada a possibilidade de modificação da *opinio delicti* diante de eventuais novas descobertas com a produção de provas, ensejando, oportunamente, a ocorrência de *mutatio* (ou mesmo de *emendatio libelli*), não há que se falar em trancamento da ação penal.
5. Sem embargo, ressalte-se que “III - O trancamento da ação penal constitui medida de exceção, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, inépcia da exordial acusatória, atipicidade da conduta, presença de causa de extinção de punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria ou de (HC n. 714.064/SP, prova de materialidade. [...])” relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022.).
6. Ordem conhecida e denegada.

Narra a insurgência que os requerentes figuram como réus na Ação Penal n. 0109426-48.2019.8.20.0001, respondendo à imputação de peculato (art. 312 do Código Penal), ante a suposta nomeação dos mesmos como "funcionários fantasmas" da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, sem que a denúncia descreva qualquer fato referente à eventual "rachadinha".

Postulado o trancamento da referida ação penal perante o Tribunal de origem, a ordem de *habeas corpus* restou denegada, nos termos da ementa acima transcrita.

Na presente oportunidade, buscam os interessados suspender o andamento do feito criminal, em trâmite perante a 7ª Vara Criminal da Comarca do Natal/RN, cuja audiência de instrução foi designada para o dia 13/07/23.

Aduzem, para tanto, a presença do *periculum in mora*,

consubstanciado na proximidade de realização da audiência de instrução e julgamento, a qual poderá expor os autores a situação desnecessária, sem que as razões defensivas sejam submetidas à apreciação desta Corte de Justiça, no bojo do RHC n. 183011/RN.

Em relação ao *fumus boni iuris*, reiteram os fundamentos declinados no recurso ordinário manejado, sustentando a atipicidade das condutas imputadas aos requerentes.

Invocam, para tanto, a teoria monista e da acessoriedade limitada, a indicar que a concessão da ordem no *habeas corpus* n. 0806002-23.2020.8.20.0000, pelo TJ/RN, que reconheceu a atipicidade do fato supostamente praticado pelo coautor que teria feito a indicação dos cargos, deveria levar, necessariamente, ao trancamento da ação penal a que respondem.

Acrescentam que a conduta a eles atribuída - ocupação de cargo público sem a contraprestação de serviço - não possui enquadramento típico no art. 312 do CP, mostrando-se evidente a atipicidade na hipótese em apreço, uma vez que houve apenas o apoderamento de remuneração própria.

Sustentam, ademais, que em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Relator Dias Toffoli, nos autos do HC 202.522/DF, anulou as provas produzidas na Operação "Dama de Espadas" e na Operação "Anteros", bem como todas as provas delas decorrentes, uma vez que teria havido "violação à competência privativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte para supervisionar operações cujos elementos de prova [indicavam] participação de Deputados Estaduais".

Nesse ponto, argumentam os requerentes que a acusação a eles direcionada possui alicerce na operação Dama de Espadas, sendo que "o PIC que origina a presente ação penal, instaurado para apurar as nomeações de DAMIÃO DE ALMEIDA e ALOÍSIA MITTERER por ROBINSON FARIA, é um desdobramento da Operação 'Dama de Espadas' e é amplamente instruído pelos elementos ali angariados" (fl. 23).

Afirmam que todo o arcabouço probatório que lastreia a acusação da suposta ilegalidade das nomeações dos requerentes é proveniente da Operação Dama de Espadas e, portanto, ilícito.

Requerem, ao final, a concessão de provimento liminar para deferir o efeito ativo ao RHC n. 183.011/RN e suspender a Ação Penal nº 0109426-48.2019.8.20.0001/RN, em trâmite perante a 7ª Vara Criminal da Comarca de Natal/RN, até o julgamento do mérito do aludido recurso.

É o relatório.

De acordo com o art. 300 do CPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ou seja, o deferimento do pedido de tutela provisória de urgência exige a presença simultânea de dois requisitos autorizadores: o *fumus boni iuris*, caracterizado pela relevância jurídica dos argumentos apresentados no pedido, e o *periculum in mora*, consubstanciado na possibilidade de perecimento do bem jurídico objeto da pretensão resistida.

Na espécie, não está evidenciado o *fumus boni iuris*, uma vez que o acórdão proferido na origem, o qual desafiou a veiculação de recurso ordinário pelos interessados, justificou exaustivamente a impropriedade do trancamento da ação penal sob análise, uma vez que os fatos em apuração não estão suficientemente esclarecidos, e podem ensejar eventual adequação típica, ao contrário do que defendem os requerentes.

Destacou-se, pois, que a acusação aponta que as pessoas indicadas para ocupar cargo/função na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte não eram os verdadeiros beneficiados/destinatários da verba de natureza salarial, mas tão-somente o meio para, em conluio, alcançarem o cometimento de um ilícito (desvio de verba pública).

Veja-se, no que interessa, o teor do acórdão (fls. 1.631-1.632):

Ao contrário, a denúncia aparenta preencher a contento os requisitos do art. 41 do CPP, existindo indícios mínimos de autoria e materialidade (ID 19039578, pg. 08/121), não restando, outrossim, demonstrada causa extintiva de punibilidade.

Do mesmo modo, a partir do estreito limite de cognição cabível no rito do , não habeas corpus consigo enxergar a agitada atipicidade da conduta. Nos autos do Habeas Corpus nº 0806002-23.2020.8.20.0000, de relatoria própria, tratando dos mesmos fatos e processo originário deste , este relator entendeu que o caso que ora se analisa se distingue das situações de mero "funcionário writ fantasma", senão vejamos trecho do voto da citada ação mandamental:

"Em que pese os impetrantes tenham arguido exaustivamente que, consoante a jurisprudência deste Egrégio Tribunal e do e. STJ, a questão envolvendo "funcionários fantasmas" não configura o delito de peculato, entendo que o apresentado na contexto fático-probatório denúncia do caso ora em análise distingue-se citados pelos causídicos dos precedentes na . inicial Nos processos paradigmas sugeridos na impetração e que houve o trancamento da ação penal por decisão deste Colegiado ou do e. Plenário do TJRN, em todos os casos, inexistiu a acusação de que o "servidor fantasma" recebesse e repassasse a integralidade ou parte da verba salarial em favor de terceiro. Em verdade, na oportunidade em que a acusação foi formulada no sentido de que havia repasse/desvio do dinheiro recebido em favor de terceiro, esta Câmara Criminal decidiu no HC 0803573-20.2019.8.20.0000 pela denegação da ordem, havendo sido destacado no voto condutor, relatoria própria, que a peça inicial preenchia os requisitos do art. 41 do CPP face à narrativa dos indícios do cometimento do "evento criminoso com todas as circunstâncias, estabelecendo liame mínimo entre a suposta servidora com o paciente, consubstanciada na relação existente daquela com a filha do acusado, o que pode sugerir eventual conluio acerca de desvio de recursos públicos, motivo pelo qual vislumbro ao menos fundada suspeita da existência de ilícito penal, capaz de ensejar a abertura e prosseguimento do processo". Explico melhor. Aqui, não se está simplesmente diante de um caso de servidores públicos que receberam

os respectivos salários sem que tenham prestado efetivos serviços na função a que foram destinados. A acusação aponta que as pessoas indicadas pelo paciente para ocupar cargo/função na Assembleia Legislativa do RN não eram os verdadeiros beneficiados/destinatários da verba de natureza salarial, mas tão-somente o meio para, em conluio, alcançarem o cometimento de um ilícito (desvio de verba pública). Neste processo se examina, em verdade, conforme narra a exordial acusatória, a suposta inserção de pessoas ligadas ao paciente – empregado doméstico, Damião Vital de Almeida, e tia por afinidade, Aloísia Maria Mitterer, companheira de Wilson Antonio Pereira – em funções e cargos de provimento em comissão na Assembleia Legislativa do RN, através de uma negociação de “cota de valores” entre o paciente e os ex-presidentes da Assembleia à época, Robinson Mesquita de Faria e Ricardo José Meirelles da Motta, também denunciados, tendo o paciente a ciência que essas indicadas pessoas teriam o único e específico fim de, dolosamente, serem e inseridas na folha de pagamento usadas da ALRN como para desviar verbas instrumento públicas para si e para terceiro, qual seja, seu tio Wilson Antonio Pereira, codenunciado. Esse contexto fático-probatório imputado ao paciente encontra-se perfeitamente narrado na denúncia e pautado em numerosos indícios, os quais passarei a analisar de forma detalhada com o propósito primordial de demonstrar a configuração do alegado *distinguishing* - (...) destaques acrescidos.

Neste azo, sendo certo que a instrução ainda se encontra no início (ID 19774583), e que ainda não há certeza acerca da moldura fática a ser efetivamente impingida aos réus, dada a possibilidade de modificação da *opinio delicti* diante de eventuais novas descobertas com a produção de provas, ensejando, oportunamente, a ocorrência de *mutatio* (ou mesmo de *emendatio*) *libelli*, não há que se falar em trancamento da ação penal.

(...)

Entender de modo diverso seria, inclusive com relação “a teoria monista e da acessoriedade”, aí sim, incorrer em indevida incursão de fatos e provas.

(...)

É válido ressaltar, ainda, que no *Habeas Corpus* nº 0806002-23.2020.8.20.0000, conexo à este e anteriormente *writ* mencionado, este relator restou vencido, tendo a ordem sido concedida e a ação penal originária trancada com relação ao paciente daquela ação mandamental. Diante de tal solução jurídica, este relator pleiteou a extensão do trancamento da ação penal para os demais denunciados (dentre eles os ora pacientes Damião Vital e Aloísia Maria) por estarem inseridos no mesmo contexto fático-probatório, não tendo os pares desta Egrégia Câmara Criminal acatado a tese ventilada, ocasião em que o julgamento do determinou o trancamento da ação penal tão *habeas corpus* somente para o paciente daquele.

Sendo assim, não vislumbro plausibilidade jurídica na tese de atipicidade da conduta formulada pelos requerentes, apta a suspender, *inaudita altera pars*, o andamento da ação penal a que respondem na origem.

Lado outro, nessa via estreita e superficial de análise, mostra-se inviável o acatamento da alegação defensiva, segundo a qual a declaração de nulidade das provas produzidas através da Operação "Dama de Espadas" contaminaria toda a ação penal em testilha.

Destarte, não há elementos suficientes, nessa seara, à formação de juízo de convicção sobre os elementos probatórios que sustentam a acusação contra eles na origem. Tal verificação haverá de ser feita na esfera adequada, preferencialmente pelo juiz natural da causa, a quem competirá avaliar se houve ou não contaminação de todo o conjunto probatório que sustenta a propalada imputação, levando (ou não) à insubsistência da acusação.

Ante o exposto, com fundamento no art. 288, § 2º, do RISTJ, indefiro o pedido de tutela provisória de urgência

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de julho de 2023.

MINISTRO OG FERNANDES
Vice-Presidente, no exercício da Presidência