



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.273 - RJ (2011/0063427-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FERNANDA DA ROCHA E SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : TACI MELLO DA ROCHA E SILVA
PACIENTE : SIMONE CARNEIRO FÉLIX DE OLIVEIRA

EMENTA

*HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PACIENTES (ESTAGIÁRIA DE DIREITO E ADVOGADA) CONDENADAS SOB A ACUSAÇÃO DO CRIME DE PECULATO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 312, § 2º. C/C ART. 71, AMBOS DO CPB). ASSERTIVA DE QUE O SERVIDOR PÚBLICO INDICADO NA DENÚNCIA NÃO FOI CONDENADO PELOS MESMOS FATOS E NEM INCLUÍDO NA DENÚNCIA QUE ORIGINOU A CONDENAÇÃO AQUI IMPUGNADA. IMPETRAÇÃO NA PENDÊNCIA DE Apreciação DE RECURSO APELATÓRIO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL INEXISTENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA QUE DEVE SER EVITADA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA, *IN CASU*. IMPROPRIEDADE DO *MANDAMUS*. AUSÊNCIA DE RISCO IMINENTE À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DAS PACIENTES, QUE RESPONDEM SOLTAS AO PROCESSO, E DE DECISÃO QUE SE POSSA DIZER TERATOLÓGICA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HC NÃO CONHECIDO.*

1. A alegação da impetração é de que as pacientes, que não eram Servidoras Públicas, mas Estagiária de Direito e Advogada, foram processadas e condenadas pelo crime de peculato (art. 312 do CPB), *sem que se evidenciasse a imprescindível atuação conectante de Servidor Público*: argumentam ainda que os fatos pelos quais o Procurador do INSS referido na inicial fora condenado em outras Ações - *nas quais as ora pacientes não foram denunciadas* - são diversos daqueles que deram suporte à presente Ação Penal, por isso ausente a circunstância elementar do crime, devendo a ação deve ser trancada ou as acusadas absolvidas.

2. Conforme amplamente asseverado pela doutrina jurídica mais autorizada e pela jurisprudência dos Tribunais do País, à pessoa estranha à Administração Pública *somente pode ser imputado o crime de peculato (art. 312 do CPB) quando a sua atuação ilícita se dá em comprovada parceria com quem ostente a qualidade de Servidor Público*.

3. Essa alegação, que se reveste da mais inquestionável relevância jurídica, somente poderia ser comprovada mediante amplo e profundo exame das provas processuais, já que foram vários os processos criminais contra o então Procurador do INSS, mas tal não se comporta nos limites do HC, porquanto pertence à cognição própria das instâncias recursais (Apelação no TJ de origem e/ou Recurso Especial futuro).

4. Nesse contexto, com razão o Tribunal a quo ao afirmar que a análise da denúncia e da sentença proferida nos autos originários não enseja se verificar a procedência da alegação contida na inicial do presente writ, segundo a qual ficou provado no decorrer da instrução da Ação Penal que o então agente público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegado co-autor do crime de peculato com as pacientes, não fora condenado em outra Ação Penal pelas mesmas condutas a elas imputadas.

5. A via própria para a análise desta e das demais questões (pedido de desclassificação para o crime de estelionato, suposta ilegalidade na dosimetria da pena e ausência de prova da materialidade do delito) é o recurso de Apelação, que pende de julgamento perante a Corte a quo, onde certamente a tese aqui veiculada merecerá a mais cuidadosa apreciação, porque essa comprovação - de que pelos fatos descritos na denúncia o Servidor Público mencionado não foi responsabilizado nesta ou em outra Ação Penal - *tornará insubsistente a condenação das pacientes*.

6. Tem-se tornado frequente a superposição de instâncias, com a submissão diretamente ao STJ, por meio de HC, das mesmas questões veiculadas em recurso de Apelação que ainda aguarda julgamento no Tribunal de origem; todavia, essa prática, quando inexistente situação excepcional ou de decisão teratológica e ausente risco de privação da liberdade do acusado, não pode ser abonada, por alargar a atuação jurisdicional desta Corte Superior em detrimento de sua missão constitucional, além de desprestigiar os Tribunais Estaduais, os Tribunais Regionais Federais e o sistema recursal comum, bem como ordinarizar o uso do *mandamus*, instrumento vocacionado à proteção da liberdade de ir-e-vir do cidadão.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. HC não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 28 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.273 - RJ (2011/0063427-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FERNANDA DA ROCHA E SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : TACI MELLO DA ROCHA E SILVA
PACIENTE : SIMONE CARNEIRO FÉLIX DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido de tutela liminar impetrado em favor de TACÍ MELLO DA ROCHA E SILVA e SIMONE FÉLIX DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o ilustre Relator do HC 2011.02.01.001032-9, que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, *ao fundamento de que o mandamus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso de Apelação ou de Ação de Revisão Criminal*, bem como *de que careciam de interesse as pacientes, que respondem ao processo em liberdade*.

2. Depreende-se dos autos que as pacientes foram denunciadas por formação de quadrilha e peculato em continuidade delitiva (art. 288 e 312, § 1o. c/c o art. 71, todos do CPB). Em primeiro grau, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva relativamente ao crime de quadrilha; todavia, foram as acusadas condenadas pelo delito de peculato, às penas totais de 9 anos de reclusão, mais 90 dias-multa, em regime inicial fechado, a primeira (TACÍ MELLO) e 7 anos e 6 meses de reclusão, e 75 dias-multa, em regime inicial semiaberto, a segunda (SIMONE FÉLIX), concedido o direito ao Apelo em liberdade.

3. No TRF da 2a. Região foi interposto recurso de Apelação e, concomitantemente, o referido *Habeas Corpus*, *este último extinto sem julgamento de mérito por inadequação da via eleita*.

4. No presente *mandamus*, sustenta a impetração, em síntese, ser cabível e adequado o *Habeas Corpus*, tendo em vista as ilegalidades perpetradas nos autos da Ação Penal a que respondem as pacientes, consubstanciadas (a) na incongruência entre a acusação e a sentença, proferida em violação à regra do art. 384



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CPP; (b) no fato de o Servidor Público, que teria participado dos supostos ilícitos descritos na denúncia, sequer ter sido denunciado com as acusadas, o que seria imprescindível para a condenação destas por crime próprio (peculato); (c) na atipicidade relativa ao crime de quadrilha, pois ausente elementar do tipo, qual seja, a participação de quatro pessoas; (d) na ausência de prova da materialidade do delito; (e) na ilegalidade na dosimetria da pena.

5. O pedido emergencial foi deferido apenas para determinar o julgamento do mérito do *writ* originário pelo Tribunal *a quo* (fls. 126/130).

6. Prestadas as informações solicitadas (fls. 138/154), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS, manifestou-se pela denegação da ordem, ao fundamento de que o *Habeas Corpus* não é o instrumento adequado para veicular as pretensões vindicadas (fls. 158/165).

7. Em atenção a determinação desta Corte, o TRF da 2a. Região, por sua 2a. Turma Especializada, julgou o HC originário e denegou a ordem, pelos seguintes fundamentos:

HABEAS CORPUS. ILEGALIDADES. DENÚNCIA E SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA ELEMENTOS SUFICIENTES. JUÍZO PERFUNCTÓRIO. SUCEDÂNEO. APELAÇÃO.

1. *No que tange à alegação relativa à ilegalidade da denúncia, por, apesar de imputar às pacientes a prática do delito de peculato, não ter incluído no rol de acusados o servidor público que teria praticado a conduta em conjunto com as mesmas, não há nos autos elementos suficientes que configurem a ilegalidade apontada.*

2. *Uma vez que não é possível ter acesso a todo o suporte probatório anexado na inicial acusatória - e que teria servido de subsídio para o recebimento da denúncia e posterior condenação - incabível, no juízo perfunctório característico desta via extrema, a análise da ilegalidade apontada com o intuito de trancar ação penal cuja sentença já restou proferida, sendo objeto, inclusive, de recurso de Apelação.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *As demais alegações apresentadas tratam de questões processuais e de direito, que devem ser objeto de recurso de Apelação, vez que ao Tribunal é dado o conhecimento de todo o processo, o que possibilita o julgamento do caso com a devida profundidade.*

4. *O Habeas Corpus não pode ser utilizado como substituto de Apelação ou ação de revisão criminal, se não há manifesta e flagrante ilegalidade, constatável a partir dos elementos de prova pré-constituídos.*

5. *Ordem denegada. (j. 17.05.2011).*

8. *É o que havia de relevante para relatar.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.273 - RJ (2011/0063427-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FERNANDA DA ROCHA E SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : TACI MELLO DA ROCHA E SILVA
PACIENTE : SIMONE CARNEIRO FÉLIX DE OLIVEIRA

VOTO

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PACIENTES (ESTAGIÁRIA DE DIREITO E ADVOGADA) CONDENADAS SOB A ACUSAÇÃO DO CRIME DE PECULATO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 312, § 2º. C/C ART. 71, AMBOS DO CPB). ASSERTIVA DE QUE O SERVIDOR PÚBLICO INDICADO NA DENÚNCIA NÃO FOI CONDENADO PELOS MESMOS FATOS E NEM INCLUÍDO NA DENÚNCIA QUE ORIGINOU A CONDENAÇÃO AQUI IMPUGNADA. IMPETRAÇÃO NA PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO DE RECURSO APELATÓRIO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL INEXISTENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA QUE DEVE SER EVITADA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA, IN CASU. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. AUSÊNCIA DE RISCO IMINENTE À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DAS PACIENTES, QUE RESPONDEM SOLTAS AO PROCESSO, E DE DECISÃO QUE SE POSSA DIZER TERATOLÓGICA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HC NÃO CONHECIDO.

1. *A alegação da impetração é de que as pacientes, que não eram Servidoras Públicas, mas Estagiária de Direito e Advogada, foram processadas e condenadas pelo crime de peculato (art. 312 do CPB), sem que se evidenciasse a imprescindível atuação conectante de Servidor Público: argumentam ainda que os fatos pelos quais o Procurador do INSS referido na inicial fora condenado em outras Ações - nas quais as ora pacientes não foram denunciadas - são diversos daqueles que deram suporte à presente Ação Penal, por isso ausente a circunstância elementar do crime, devendo a ação deve ser trancada ou as acusadas absolvidas.*

2. *Conforme amplamente asseverado pela doutrina jurídica mais autorizada e pela jurisprudência dos Tribunais do País, à pessoa estranha à Administração Pública somente pode ser imputado o crime de peculato (art. 312 do CPB) quando a sua atuação ilícita se dá em comprovada parceria com quem ostente a qualidade de Servidor Público.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Essa alegação, que se reveste da mais inquestionável relevância jurídica, somente poderia ser comprovada mediante amplo e profundo exame das provas processuais, já que foram vários os processos criminais contra o então Procurador do INSS, mas tal não se comporta nos limites do HC, porquanto pertence à cognição própria das instâncias recursais (Apelação no TJ de origem e/ou Recurso Especial futuro).*

4. *Nesse contexto, com razão o Tribunal a quo ao afirmar que a análise da denúncia e da sentença proferida nos autos originários não enseja se verificar a procedência da alegação contida na inicial do presente writ, segundo a qual ficou provado no decorrer da instrução da Ação Penal que o então agente público alegado co-autor do crime de peculato com as pacientes, não fora condenado em outra Ação Penal pelas mesmas condutas a elas imputadas.*

5. *A via própria para a análise desta e das demais questões (pedido de desclassificação para o crime de estelionato, suposta ilegalidade na dosimetria da pena e ausência de prova da materialidade do delito) é o recurso de Apelação, que pende de julgamento perante a Corte a quo, onde certamente a tese aqui veiculada merecerá a mais cuidadosa apreciação, porque essa comprovação - de que pelos fatos descritos na denúncia o Servidor Público mencionado não foi responsabilizado nesta ou em outra Ação Penal - tornará insubsistente a condenação das pacientes.*

6. *Tem-se tornado frequente a superposição de instâncias, com a submissão diretamente ao STJ, por meio de HC, das mesmas questões veiculadas em recurso de Apelação que ainda aguarda julgamento no Tribunal de origem; todavia, essa prática, quando inexistente situação excepcional ou de decisão teratológica e ausente risco de privação da liberdade do acusado, não pode ser abonada, por alargar a atuação jurisdicional desta Corte Superior em detrimento de sua missão constitucional, além de desprestigiar os Tribunais Estaduais, os Tribunais Regionais Federais e o sistema recursal comum, bem como ordinarizar o uso do mandamus, instrumento vocacionado à proteção da liberdade de ir-e-vir do cidadão.*

7. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

8. *HC não conhecido.*

1. *Vê-se que as pacientes foram denunciadas porque, a primeira, na*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualidade de estagiária de Direito, e a segunda, como Advogada, juntamente com o então Procurador do INSS LUIZ MENDES FILHO, teriam fraudado o INSS, fazendo acordos em ações de revisão de benefícios previdenciários propostas pelas primeiras, cujos cálculos dos valores devidos eram alterados para maior, propiciando aos envolvidos o recebimento de parcela significativa do montante apurado.

2. Na espécie sob julgamento, a principal alegação da impetração é de que as pacientes, *que não são Servidoras Públicas*, foram processadas e condenadas pelo crime de peculato (art. 312 do CPB), tipo penal em que se faz imprescindível a atuação conectante de Servidor Público; todavia, os fatos pelos quais o Procurador do INSS referido na inicial teria sido condenado em outras Ações - nas quais não foram denunciadas as ora pacientes - *são diversos daqueles que deram suporte à presente Ação Penal*; assim, continuam, se ausente a circunstância elementar do crime a Ação deve ser trancada ou as acusadas absolvidas.

3. Com efeito, *pode ser afirmado que o tipo penal em que incursas as pacientes não se perfaz sem a atuação conjunta de Servidor Público*. O eminente Ministro GILSON DIPP já teve ensejo de proclamar essa diretriz, assinalando que o *peculato é denominado crime próprio, pois exige a condição de Funcionário Público como característica especial do agente – condição que é de caráter pessoal, elementar do crime e que se comunica ao paciente* (RHC 12.506-MG, DJ de 02.10.2000); trata-se de *condição comunicável a terceiros*, daí admitir-se a co-autoria ou a participação em crime próprio (art. 30 do CPB); na doutrina vê-se idêntica orientação em lição do Professor MIGUEL REALE JÚNIOR (Instituições de Direito Penal, SP, Forense, 2009, p. 321).

4. Assim, ao estranho (não Servidor Público) *somente pode ser imputado o crime de peculato, quando a sua atuação ilícita se dá em parceria com quem ostente essa qualidade de Servidor Público*.

5. Todavia, não obstante a relevância dessa argumentação, não se verifica *primo ictu oculi*, que aquele revestido daquela *prefalada condição de Servidor Público*, no caso, o então Procurador do INSS, não teria, pelos fatos narrados na denúncia, sido processado em outra Ação Penal. É que foram vários os processos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais contra ele e outras pessoas integrantes do referido esquema de fraude, todas com trânsito em julgado.

6. Nesse contexto, tem razão o Tribunal *a quo* quando afirma que *somente pela análise da denúncia e da sentença proferida nos autos originários não é possível sustentar a alegação contida na inicial do presente writ, de que ficou provado no decorrer da instrução da ação penal que o então Procurador Federal LUIZ MENDES FILHO, agente público que teria sido co-autor do crime de peculato com as pacientes, não fora condenado em outra ação penal pelas condutas imputadas às mesmas.*

7. O veículo próprio para a análise dessa e das demais questões (pedido de desclassificação para o crime de estelionato, suposta ilegalidade na dosimetria da pena e ausência de prova da materialidade do delito) é o recurso de Apelação, que pende de julgamento perante a Corte *a quo*, onde certamente a tese aqui veiculada merecerá a mais cuidadosa apreciação, porque essa comprovação - *de que pelos fatos descritos na denúncia o Servidor Público mencionado não foi responsabilizado nesta ou em outra Ação Penal* - tornará insubsistente a condenação das pacientes.

8. Tem-se tornado frequente a tentativa de superposição de instâncias, com a submissão direta a este STJ, por meio de *Habeas Corpus*, das mesmas questões veiculadas em recurso de Apelação que aguarda julgamento na instância ordinária; todavia, essa prática, *quando inexistente situação excepcional de decisão teratológica e ausente o risco de privação da liberdade do acusado*, não pode ser abonada, sob pena de inviabilizar a atuação jurisdicional desta Corte Superior, que tem missão constitucional própria, de desprestigiar os Tribunais Estaduais e os Tribunais Regionais Federais e o sistema recursal ordinário, bem como de banalizar o uso do *Habeas Corpus*, instrumento inclinado à proteção da liberdade do cidadão.

9. O eminente Ministro GILSON DIPP, por ocasião do julgamento do HC 128.590/PR, fez essa mesma advertência, de maneira brilhante, como lhe é peculiar, por isso tomo-a emprestada para ilustrar esse voto:

(...).

I. *Conquanto o uso do habeas-corpus em substituição aos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, deveras há certos limites a respeitar em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo os excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Cabe prestigiar a função constitucional excepcional do habeas-corpus mas sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de desmoralização do sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os Tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não lhe são afetas e para as quais não está institucionalmente vocacionado. (DJe 28.02.2011).

10. Ante o exposto, não conheço do *mandamus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0063427-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 201.273 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201102010010329 9300367447

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA DA ROCHA E SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : TACI MELLO DA ROCHA E SILVA
PACIENTE : SIMONE CARNEIRO FÉLIX DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.