



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.370 - SP (2011/0006118-6)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : CRISTOVAM ALBERT GARCIA JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA ELENA MARQUES DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL DA SENTENÇA, MANTIDA PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, PELA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL, POR NÃO SE ENQUADRAR O CARGO DA PACIENTE NAS HIPÓTESES DO ALUDIDO DISPOSITIVO LEGAL. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA, PREVISTA NO ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA NÃO EXAMINADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME DA SITUAÇÃO FÁTICA DO CARGO OCUPADO. IMPOSSIBILIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA. REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substitutivo de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. A questão deduzida no presente **writ**, substitutivo de Recurso Especial – relativa ao alegado constrangimento ilegal, decorrente de erro material da sentença, mantida pelo acórdão impugnado, por inobservância do disposto no § 2º do art. 327 do Código Penal, de vez que o cargo da paciente não se enquadraria em qualquer das hipóteses do citado dispositivo legal, qual seja, cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento –, não foi submetida à apreciação do Tribunal de 2º Grau, razão pela qual não pode ser conhecida por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedentes do STJ.

VI. Ademais, desconstituir a conclusão do Juízo de 1º Grau, na sentença, quanto ao cargo ocupado pela paciente, ou às funções por ela desempenhadas, demandaria o revolvimento dos fatos e das provas carreadas aos autos, o que não é permitido, na via eleita. Com efeito, não se presta a estreita via do **habeas corpus** a infirmar o entendimento adotado, pela instância ordinária, sobre o assunto, dada a necessidade de incursão na seara fático-probatória. Precedentes do STJ.

VII. Inexistência, **in casu**, de manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão, de ofício, de ordem de **habeas corpus**.

VIII. **Habeas corpus** não conhecido.

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, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 22 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.370 - SP (2011/0006118-6)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARIA ELENA MARQUES DE OLIVEIRA, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em 1º Grau, à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, como incursa no art. 312, **caput**, c/c art. 327, § 2º, e art. 71, todos do Código Penal, pois, em razão do cargo de Tesoureira do Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE), autarquia do Município de Pereira Barreto/SP, apropriou-se da quantia de R\$ 31.703,08 (trinta e um mil, setecentos e três reais e oito centavos), dinheiro público de que tinha posse devido ao cargo que ocupava. Como efeito secundário da condenação, foi decretada a perda do cargo público, nos termos do art. 92, I, **a** e **b**, do Código Penal (fls. 10/22e).

Interposto recurso de Apelação, pela defesa, foi-lhe negado provimento (fls. 23/30e). Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fl. 2e).

Daí a impetração do presente **writ**, no qual o impetrante alega que a paciente sofre constrangimento ilegal, proveniente de erro material na fixação da pena, tendo em vista que o Juízo sentenciante aumentou a pena em 1/3 (um terço), em razão da sua qualidade de Tesoureira municipal, com base no art. 327, § 2º, do Código Penal. Todavia, afirma que o cargo da paciente não se enquadra em qualquer das hipóteses do citado dispositivo legal, qual seja, cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento. Acrescenta que a paciente é funcionária pública municipal, lotada no cargo de provimento efetivo de Tesoureira, em autarquia municipal, com regime jurídico estatutário.

Requer o deferimento do pedido de liminar, para que seja a paciente mantida em liberdade, até o julgamento do **writ**. No mérito, pede a concessão da ordem, para que seja determinada a correção da reprimenda aplicada, excluindo-se a causa de aumento de pena, prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, alterando-se, por conseguinte, o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

O pedido de liminar foi indeferido, pelo então Presidente do STJ, Ministro ARI PARGENDLER (fl. 43e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas, a fls. 47/75e.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, opinou pela denegação da ordem (fls. 78/83e).

Formulado pedido de reconsideração do indeferimento da liminar (fls. 89/90e), foi ele indeferido (fls. 97/98e).

Em Petição (240629/2013) de fls. 108/109e, o impetrante, ao comunicar que a paciente foi presa, em 11/07/2013, requer nova reconsideração do indeferimento do pedido de liminar.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.370 - SP (2011/0006118-6)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus** substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Pelo exposto, o presente **Habeas Corpus**, substitutivo de Recurso Especial, não merece ser conhecido.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em 1º Grau – como incursa no art. 312, **caput**, c/c art. 327, § 2º, e art. 71, todos do Código Penal, pois, em razão do cargo de Tesoureira do Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE), autarquia do Município de Pereira Barreto/SP, apropriou-se da quantia de R\$ 31.703,08 (trinta e um mil, setecentos e três reais e oito centavos), dinheiro público de que tinha posse devido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao cargo que ocupava –, à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa. Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação, buscando a absolvição da ora paciente, ao argumento de fragilidade probatória, ou, subsidiariamente, a desclassificação do crime de peculato para prevaricação ou peculato de uso, ou, ainda, a exclusão da causa de aumento de pena, decorrente da prática de crime continuado, ou, então, que a exasperação fosse a mínima legal (fls. 25/26e), o que foi rejeitado, pelo acórdão impugnado, que negou provimento à Apelação da defesa.

Verifica-se que a questão deduzida no presente **writ** – relativa ao alegado constrangimento ilegal, decorrente de erro material da sentença, mantida pelo acórdão, por inobservância do disposto no § 2º do art. 327 do Código Penal, de vez que o cargo da paciente não se enquadraria em qualquer das hipóteses do citado dispositivo legal, qual seja, cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento – não foi submetida à apreciação do Tribunal de 2º Grau, razão pela qual não pode ser conhecida por esta Corte, sob pena de supressão de instância, não havendo, assim, como considerar o Tribunal de 2º Grau autoridade coatora, pelos fatos narrados no presente **Habeas corpus**.

Por outro lado, não compete ao STJ decidir, diretamente, quanto a atos praticados pelo Juízo de 1º Grau. A matéria deve ser arguida, inicialmente, perante o Tribunal de 2º Grau, após o que, sem sucesso, poderá ser provocado o STJ.

Em tal sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. **Não tendo a questão posta nos autos sido apreciada por Colegiado da Corte Estadual, é indevido o exame do tema por este Superior Tribunal de Justiça**, pois a questão deveria ter sido apresentada ao Tribunal a quo, por meio de recurso próprio e, uma vez exaurida a instância sem que obtida a tutela pleiteada, a tese poderia ser trazida a esta Corte, **sob pena de indevida supressão de instância**.

II. Não estão sujeitos a recurso os despachos de mero expediente, sem qualquer conteúdo decisório

III. Ordem não conhecida" (STJ, HC 225.079/BA, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 28/09/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO SOLTO. ILEGALIDADE. DEMAIS TESES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

(...)

3. As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido a fim de garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

Ademais, desconstituir a conclusão do Juízo de 1º Grau, na sentença, quanto ao cargo ocupado pela paciente, ou às funções por ela desempenhadas, demandaria o revolvimento dos fatos e das provas carreadas aos autos, o que não é permitido, na via eleita. Com efeito, não se presta a estreita via do **habeas corpus** a infirmar o entendimento adotado, pela instância ordinária, sobre o assunto, dada a necessidade de incursão na seara fático-probatória.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PECULATO-FURTO. 1. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 327, § 2º, DO CP. PLEITO DE EXCLUSÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. MAJORANTE APLICADA DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SITUAÇÃO FÁTICA DO CARGO OCUPADO. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS NA VIA ELEITA. 3. PENA-BASE MAJORADA MOTIVADAMENTE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 4. CONFISSÃO PARCIAL. JUÍZO CONDENATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65, III, "D", DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. 5. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDA, CONCEDIDA PARCIALMENTE A ORDEM.

1. Não é possível conhecer da impetração no que concerne ao pedido de descon sideração da causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, haja vista não ter sido o tema submetido à análise da Corte de origem, o que impede o exame pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal foi aplicada em razão de o paciente ocupar cargo em comissão em uma empresa pública estadual - chefe da seção de controle financeiro e administrador de salários da empresa. Portanto, verifica-se, num primeiro momento, que a majorante foi aplicada de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Corte. Examinar as funções do cargo ocupado demandaria o revolvimento dos fatos e das provas carreadas aos autos, o que não é permitido na via eleita.

3. A pena-base está devidamente fundamentada em circunstâncias concretas aptas a justificar a exacerbação - notadamente o alto grau de reprovabilidade da conduta e as consequências do crime -, o que inviabiliza o reexame da dosimetria em sede de mandamus.

4. Tendo as instâncias ordinárias efetivamente se utilizado da confissão do acusado, ainda que parcial, como elemento de formação da sua convicção, é de rigor a aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente concedido, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, redimensionando a reprimenda total do paciente para 8 (oito) anos de reclusão, e 108 (cento e oito) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença" (STJ, HC 237.876/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ARTS. 288 E 318, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. **ART. 327, § 2º DO CP. PACIENTE OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO. EXCLUSÃO. QUADRILHA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVANTE. ART. 61, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. REITERAÇÃO DE PEDIDO.**

I - No caso em tela, excluir a majorante prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal da pena cominada, assim como infirmar a condenação do paciente quanto ao crime de quadrilha, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes).

II - Na espécie, a condenação imposta em primeiro grau e mantida pela e. Corte de origem está devidamente lastreada no vasto arcabouço probatório produzido nos autos, consistente em interceptações telefônicas realizadas, exame de laudo pericial confeccionado, auto de apreensão de mercadorias e depoimentos de testemunhas, dentre outras provas amealhadas. Por outro lado, restou afirmado categoricamente que o paciente, à época dos crimes, exercia função de direção.

III - Considerando que o pedido de decote da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, do Código Penal já foi apreciado por esta Corte no AG 975.932/AM, perdeu o objeto, neste ponto, o presente writ (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 134.817/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 10/05/2010).

Por derradeiro, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, observa-se que a defesa da ora paciente interpôs Recurso Especial, tendo o Tribunal de 2º Grau negado-lhe seguimento, o que ensejou a interposição de AREsp.

A Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE) não conheceu do referido AREsp (70.680/SP), em decisão publicada em 08/08/2012, ocorrendo o trânsito em julgado, em 03/09/2012.

Destarte, não havendo registro de interposição de Recurso Extraordinário, e tendo a decisão que não conheceu do AREsp transitado em julgado, em 03/09/2012, não se verifica ilegalidade na prisão da paciente, porquanto decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Portanto, o presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, não merece ser conhecido, inexistindo, **in casu**, manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão, de ofício, de ordem de **habeas corpus**.

Pelo exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0006118-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.370 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2182006

990092557050

EM MESA

JULGADO: 22/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CRISTOVAM ALBERT GARCIA JUNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARIA ELENA MARQUES DE OLIVEIRA

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

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, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.