



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.825 - RS (2016/0088235-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : NEREU JOSE GIACOMOLLI
ADVOGADO : NEREU JOSE GIACOMOLLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARLON DE PAULA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADOR IMPEDIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. REVISOR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. VOTO NÃO DETERMINANTE PARA O RESULTADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação segundo a qual o julgamento, proferido em órgão colegiado, do qual participou Desembargador impedido, não deve ser considerado nulo se o referido voto não foi determinante para o resultado. Precedentes.
3. Inexiste nulidade no julgamento da apelação quando o voto do Desembargador impedido não interfere no resultado do julgamento, tendo em vista que o recurso foi desprovido à unanimidade.
4. Vigora no processo penal brasileiro o princípio da livre convicção do julgador, de modo que não há falar em eventual persuasão dos demais pares.
5. *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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 10 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.825 - RS (2016/0088235-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : NEREU JOSE GIACOMOLLI

ADVOGADO : NEREU JOSE GIACOMOLLI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : MARLON DE PAULA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido de liminar, impetrado em favor de Marlon de Paula dos Santos, apontando, como autoridade coatora, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante portando *40 pedrinhas de cocaína, processadas na forma de crack, com peso aproximado de 8,60 gramas e 07 petecas de cocaína pesando aproximadamente 1,95 gramas* (fl. 18).

Ao ser submetido a julgamento, restou condenado à 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais ao pagamento de 500 dias-multa e à 2 meses e 10 dias de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 e no art. 329 do Código Penal, tendo o Tribunal de origem mantido a decisão condenatória.

Sustenta o impetrante a nulidade absoluta do julgamento do recurso de apelação, tendo em vista que o Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, que atuou como revisor, estaria impedido de participar deste julgamento, por já ter atuado na primeira instância, ao homologar o auto de prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva.

Requer, liminarmente, *a suspensão da extração e implementação do Processo de Execução Penal (PEC), até decisão do mérito deste habeas corpus* (fl. 13) e, no mérito, a desconstituição do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, com a suspensão da extração e implementação do processo de execução até o trânsito em julgado da condenação.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 49/50).

As informações foram prestadas (fls. 57/74 e 77/190).

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem (fls. 191/195).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.825 - RS (2016/0088235-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Afirma estar sofrendo constrangimento ilegal por estar respondendo a processo eivado de nulidade absoluta, uma vez que o magistrado que homologou seu auto de prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva, atuou no Tribunal de Justiça como Desembargador Revisor no julgamento do recurso de apelação interposto em face da decisão condenatória.

Quanto ao tema ora em discussão, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação segundo a qual o julgamento, proferido em órgão colegiado, do qual participou Desembargador impedido, não deve ser considerado nulo se o referido voto não foi determinante para o resultado. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DA EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO OPOSTA PELA DEFESA NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PROCEDIMENTO PREVISTO EM LEI. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Não há na impetração qualquer documento que evidencie que o alegado **impedimento do Desembargador Revisor** teria sido examinado no julgamento do recurso de apelação, em inobservância ao procedimento legal previsto para a análise da exceção oposta pela defesa, tampouco de que o seu voto teria influenciado as conclusões do Juiz Vogal, o que impede este Sodalício de verificar se haveria alguma nulidade na apreciação do reclamo.

2. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

3. Ainda que assim não fosse, **de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos só são anulados em decorrência da participação de autoridade judicial impedida quando a sua manifestação é capaz de alterar a decisão proferida.**

4. Na espécie, verifica-se que o provimento judicial emanado no julgamento do recurso de apelação se deu à unanimidade de votos, ou seja, ainda que excluído o voto do Desembargador reputado impedido o resultado seria o mesmo, motivo pelo qual é impossível a anulação do acórdão nele proferido, como pretendido na impetração.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.770/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/3/2016, DJe 16/3/2016), com destaques.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PRESIDIDO POR DESEMBARGADOR IMPEDIDO, NOS TERMOS DO ART. 252, IV, DO CPP. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou compreensão na qual não deve ser considerado nulo o julgamento proferido em órgão colegiado no qual participou Desembargador impedido, se o voto deste não foi determinante da apuração do resultado do julgamento.

2. In casu, o resultado do julgamento se deu por unanimidade de votos, o que sustenta o argumento de que, mesmo que tenha o Desembargador Presidente da sessão proferido voto no julgamento em questão, não seria suficiente para ensejar a nulidade do acórdão.

3. Ordem denegada.

(HC 130.990/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/2/2010), com destaques.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE DO ARESTO EM VIRTUDE DA PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO IMPEDIDO. DESNECESSIDADE. VOTO NÃO DETERMINANTE PARA A APURAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual: "Não deve ser considerado nulo o julgamento proferido em órgão colegiado no qual participou Desembargador impedido se o voto deste não foi determinante na apuração do resultado do julgamento". Isso porque: "O princípio da livre convicção do julgador não autoriza a conclusão de que o magistrado prolator do voto vencedor persuade os demais". (RMS 19.603/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 03.08.06)

2. Na mesma linha de raciocínio, asseverou esta Corte Superior:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) que a nulidade suscitada, decorrente do impedimento de desembargador que participou do julgamento dos embargos de declaração, não impede o regular processamento da demanda, máxime tendo em vista não ter sido a relatoria do processo atribuída ao mesmo, nem implicar, a declaração de nulidade de seu voto, em alteração do resultado do julgamento unânime" (REsp 696.302/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 13.03.06).

3. Desse modo, ainda que constatado o impedimento do Ministro, a circunstância não é, tendo em vista o posicionamento pacificado por este Tribunal, suficiente para ensejar a nulidade do aresto, mas tão somente do voto do magistrado impedido, o qual, frise-se, em nada interferirá no resultado do julgamento, posto se tratar de acórdão proferido por unanimidade de votos, com relatoria atribuída a Ministro diverso do impedido.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para declarar nulo o voto do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, porquanto impedido de participar do julgamento proferido por esta Terceira Seção, em 26 de agosto de 2009, mantendo o inteiro teor do acórdão embargado.

(EDcl no AgRg no CAAt 224/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009), com destaques.

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" – DENÚNCIA RECEBIDA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU – SUPERVENIENTE INVESTIDURA DO DENUNCIADO COMO PREFEITO MUNICIPAL – VALIDADE JURÍDICA DA DECISÃO QUE ADMITIU A PEÇA ACUSATÓRIA, EIS QUE PROFERIDA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE DISPUNHA, À ÉPOCA, DE PLENA COMPETÊNCIA – APLICAÇÃO, AO CASO, DO POSTULADO SEGUNDO O QUAL "TEMPUS REGIT ACTUM" – CONSEQUENTE DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DE TAL ATO PROCESSUAL – PRECEDENTES – PROCEDIMENTO PENAL PAUTADO PARA JULGAMENTO COMO NOTÍCIA CRIME – ALEGADO PREJUÍZO PARA A DEFESA DO ACUSADO – INOCORRÊNCIA – DIREITO DE AMPLA DEFESA OPORTUNIZADO E EFETIVAMENTE EXERCIDO PELO RECORRENTE – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA EM FACE DA PARTICIPAÇÃO, NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, DE DESEMBARGADOR SUPOSTAMENTE IMPEDIDO – ATUAÇÃO DESINFLUENTE NO RESULTADO DO JULGAMENTO, UNÂNIME, DO RECURSO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO PARA O RÉU – "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF" – PRECEDENTES – MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RHC 120332 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 7-11-2014 PUBLIC 10-11-2014), com destaques.

Na hipótese, constata-se que o recurso foi desprovido por unanimidade de votos, de modo que a atuação do Desembargador, ora impugnada, não interferiria no resultado do julgamento. Nesse sentido, as bem lançadas razões do parecer ministerial (fls. 193/194):

Na hipótese dos autos, o desembargador revisor da apelação interposta pelo paciente (e-fls. 26 e 40) também atuou no feito em primeira instância, antes de sua promoção, tendo proferindo a decisão que homologou a prisão em flagrante do paciente e a converteu em prisão preventiva (e-fls. 21 e 22).

Em que pese essa atuação do magistrado em primeira instância não recomendar, em tese, sua participação no julgamento da apelação, é certo que a defesa não suportou qualquer prejuízo decorrente deste fato.

A apelação defensiva teve seu provimento negado à unanimidade pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul (e-fls. 25-40). Ora, considerando que os três votos proferidos no julgamento do apelo foram desfavoráveis à defesa, ainda que se subtraísse o voto do desembargador impedido, o resultado – desprovimento – continuaria exatamente o mesmo, já que permaneceriam dois votos contrários ao réu.

Ademais, conforme entendimento pacificado, vigora no processo penal brasileiro o princípio da livre convicção do julgador, de modo que não há falar em eventual persuasão dos demais pares em razão da prolação do voto. Nessa linha:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PARTICIPAÇÃO DE MAGISTRADO IMPEDIDO EM DECISÃO COLEGIADA. NULIDADE DO VOTO. PRECATÓRIOS JUDICIÁRIOS. PAGAMENTO PARCELADO. ART. 78 DO ADCT. CLÁUSULAS PÉTREAS. COISA JULGADA E PODER CONSTITUINTE DERIVADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVI, DA CF/88.

1. Não deve ser considerado nulo o julgamento proferido em órgão colegiado no qual participou Desembargador impedido se o voto deste não foi determinante na apuração do resultado do julgamento. O princípio da livre convicção do julgador não autoriza a conclusão de que o magistrado prolator do voto vencedor persuade os demais. Precedentes: REsp 696.302/RS, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 13.03.2006; EDcl no REsp 78272/DF, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 14.02.2005; e EDAGA 456.951/RJ, Min. Paulo Medina, DJ 10.11.03.

2. A lei a que se refere o art. 5º, XXXVI, da Constituição, é a infraconstitucional, e não a constitucional. Assim, a garantia de intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada alcança atos do legislador ordinário, não os do constituinte derivado.

3. É constitucional, portanto, o art. 78 do ADCT, inserido pela EC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 30/00, que, contrariando anteriores sentenças transitadas em julgado, estabeleceu nova forma de pagamento dos precatórios judiciais pendentes, inclusive no que se refere a juros de mora, fixados à taxa dos juros legais.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 19.603/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/6/2006, DJ 3/8/2006, p. 202), com destaques.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0088235-4

HC 352.825 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121200849661 03769759220148217000 121200849661 3769759220148217000
70061844122

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NEREU JOSE GIACOMOLLI
ADVOGADO : NEREU JOSE GIACOMOLLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARLON DE PAULA DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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 do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.