



RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS (PRESO)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N.10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. DEFESA PRELIMINAR DEVIDAMENTE APRESENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica em nulidade relativa do processo, razão pela qual deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de preclusão.

2. No caso em apreço, da documentação acostada aos autos, verifica-se que o rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 foi devidamente observado, já que foi oportunizada à defesa a manifestação antes do recebimento da exordial acusatória, motivo pelo qual não se constata a ocorrência de vício a ensejar a invalidação da instrução criminal.

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. JULGAMENTO REALIZADO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU. CONVOCAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA DE VOLUNTARIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça, pela sua Terceira Seção, havia firmado entendimento no sentido de considerar nulos os atos decisórios emanados de órgãos colegiados formados, na sua maioria, por juízes de primeiro grau convocados em desconformidade com a legislação infraconstitucional aplicável, por ofensa ao princípio do juiz natural.

2. Em julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a maioria dos eminentes Ministros que o integram entenderam pela conformidade dos aludidos órgãos julgadores com os preceitos contidos na Constituição Federal, dando maior relevo, na ponderação dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, para a celeridade na prestação jurisdicional alcançada com tal medida pelo Tribunal de Justiça bandeirante, o que estaria em consonância com o direito fundamental à razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna.

3. O tema foi novamente deliberado pelos integrantes da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, oportunidade na qual o posicionamento até então adotado, formulado de acordo com a análise da legislação infraconstitucional aplicável, foi revisto, passando a incorporar a interpretação constitucional dada ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso pela Suprema Corte.

4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.879 - SP (2009/0175950-0)

IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de CARLOS ALBERTO DOS SANTOS, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal C do Tribunal de Justiça daquele Estado que, ao apreciar a Apelação Criminal nº 993.07.125654-4, deu provimento em parte ao recurso interposto pela defesa, estabelecendo a condenação do paciente à pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito disposto no art. 12 da Lei 6.368/76, c/c art. 61, I, do Código Penal.

Discorrendo a respeito dos fatos, sustentou a impetrante que o paciente é vítima de constrangimento ilegal, ao argumento de que o feito em comento é nulo, tendo em vista a inobservância do rito disposto no art. 38 da Lei nº 10.409/2002, diante da ausência de citação dos réus para a apresentação de defesa preliminar.

Aduziu que a referida eiva é absoluta, argumentando que o vício maculou o feito desde o recebimento da denúncia, indicando desrespeitada a garantia constitucional à ampla defesa.

Sustenta, ainda, que o julgamento do recurso de apelação também é nulo pelo fato de ter sido prolatado por Órgão Colegiado composto majoritariamente por Juízes de Primeiro Grau provisoriamente convocados, afrontando, portanto, o disposto nos arts. 93, inciso III, 94 e 98, inciso I, todos da Constituição Federal, o duplo grau de jurisdição e o princípio do juiz natural.

Pretende, liminarmente, o reconhecimento das nulidades apontadas tanto no feito quanto no acórdão objurgado, com expedição imediata do alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, requer a confirmação do pleito liminar.

Juntou os documentos de fls. 9 a 20, sendo indeferida a tutela de urgência (fls. 23 e 24) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 29 a 31 e 57 a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

60), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (fls. 32 a 47).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.879 - SP (2009/0175950-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Primeiramente, por meio do presente *writ*, busca a impetrante a anulação da ação penal a que responde o paciente ante a inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/02.

E antes da análise se no caso em apreço efetivamente restou caracterizada a nulidade arguida, impende ressaltar que a referida eiva é relativa.

Com efeito, é entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que, nas hipóteses em que não foi observada a oportunidade de o acusado apresentar defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/2002 (atual art. 55 da Lei nº 11.343/2006), se vício há, este é relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão.

Essa orientação foi corroborada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, leia-se:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE E POSSE DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI N. 10.409/2002. IMPROCEDÊNCIA. 1. A jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, para o reconhecimento da nulidade em razão da não observância do rito da Lei n. 10.409/2002, é indispensável a demonstração do prejuízo, o que não se tem no caso dos autos. Precedentes. 2. Tratando-se, na espécie vertente, de imputação de crimes conexos de tráfico de entorpecente e posse de arma de fogo, a adoção do rito comum ordinário possibilita o exercício mais amplo do direito de defesa. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus ao qual se nega provimento. (RHC 105154, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-225 DIVULG 23-11-2010 PUBLIC 24-11-2010 EMENT VOL-02437-01 PP-00151)

Conforme se infere do julgado a seguir colacionado, tal entendimento foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acolhido também por esta Corte Superior de Justiça, veja-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL DA LEI 10.409/02. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Na apuração do tráfico ilícito de entorpecentes e delitos afins, obedecido o procedimento comum ordinário, com a plenitude de defesa que lhe é ínsita, a anulação da ação penal pela não-observância do rito da Lei 10.492/02 se justificaria, quando arguida oportunamente, se comprovado o efetivo prejuízo.

2. Ordem denegada. (HC 104.906/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009)

Entretanto, no caso em tela, não há que se falar em nulidade em razão do rito procedimental adotado, porquanto o Juízo Singular oportunizou o exercício da defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/02, circunstância que afasta o alegado constrangimento ilegal, consoante se observa da leitura do acórdão objurgado, *in verbis*:

"Tem-se que a nulidade apontada no tocante a cerceamento de defesa não subsiste, pois foram observadas as prescrições legais.

Assim é que com o despacho de fls. 111 determinou-se que fosse citado o réu para no prazo de dez dias constituir advogado para apresentar resposta escrita nos termos do art. 38 da Lei 10.409.

Expedido mandado para a finalidade mencionada, foi cumprido em 12.6.06, conforme se verifica à fl. 203/v..

Na audiência realizada bem após 10 dias, ou seja, em 6.7.06, a Defesa apresentou resposta escrita, pedindo para não ser recebida a peça inaugural por falta de elementos, faltando atos de comércio de entorpecentes (fl. 204).

Logo, não se pode falar em cerceamento da defesa, sendo citado com prazo para providência e foi respeitada a oportunidade" (fls. 18).

Dessa forma, no caso em apreço, da documentação acostada aos autos, verifica-se que o rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 foi devidamente observado, já que foi oportunizada à defesa a manifestação antes do recebimento da exordial acusatória, motivo pelo qual não se constata a ocorrência de vício a ensejar a invalidação da instrução criminal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, a impetrante pretende, ainda, a anulação do acórdão objugado, sob o argumento de que teria sido proferido por órgão colegiado composto, na sua maioria, por juízes de primeiro grau convocados de forma irregular para atuarem no segundo grau de jurisdição.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a hipótese retrata situação peculiar verificada no âmbito do Tribunal de Justiça bandeirante, no qual formaram-se câmaras especiais de julgamento com a finalidade de dar maior celeridade à prestação jurisdicional, ante o acúmulo de feitos submetidos a julgamento perante o Poder Judiciário paulista.

Para tanto, o aludido Sodalício utilizava-se da norma prevista no artigo 118, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que estabelece:

Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juízes, em Substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial:

§ 1º - A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre:

I - os Juízes Federais, para o Tribunal Federal de Recursos;

II - o Corregedor e Juízes Auditores para a substituição de Ministro togado do Superior Tribunal Militar;

III - Os Juízes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juízes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo;

IV - os Juízes de Direito do Distrito Federal, para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios;

V - os Juízes Presidentes de Junta de Conciliação o Julgamento da sede da Região para os Tribunais Regionais do Trabalho.

§ 2º - Não poderão ser convocados Juízes punidos com as penas previstas no art. 42, I, II, III e IV, nem os que estejam respondendo ao procedimento previsto no art. 27.

§ 3º - A convocação de Juiz de Tribunal do Trabalho, para substituir Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, obedecerá o disposto neste artigo.

§ 4º Em nenhuma hipótese, salvo vacância do cargo, haverá redistribuição de processos aos Juízes convocados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora do referido comando normativo não se possa depreender a autorização para a criação de órgãos colegiados especiais, a forma de atuação do Tribunal apontado como coator também tinha como embasamento a Lei Complementar Estadual n. 646, de 8 de janeiro de 1990, a qual prevê a possibilidade de juízes virem a integrar a composição do Tribunal de Justiça, porém como membros permanentes e substitutos de Segundo Grau, por meio do provimento por concurso de remoção.

O problema posto no autos, todavia, concentra-se na forma como foram convocados os juízes de primeiro grau que integraram o órgão colegiado responsável pela prolação do acórdão objurgado, já que, segundo consta das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, esta era feita por meio de um sistema de voluntariado, em inobservância ao regramento previsto nos diplomas legais aplicáveis.

Diante desta situação, esta Corte Superior de Justiça, pela sua Terceira Seção, havia firmado entendimento no sentido de considerar nulos os atos decisórios emanados de tais órgãos colegiados, em razão do vício na forma da sua composição, por ofensa ao princípio do juiz natural, conforme retrata o acórdão proferido nos autos do HC n. 108.425/SP:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 646/90. CÂMARA COMPOSTA POR JUÍZES NÃO INTEGRANTES DO "QUADRO DE JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS EM SEGUNDO GRAU". SISTEMA DE VOLUNTARIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

1. Não obstante a constitucionalidade do sistema de convocação de Juízes de primeiro grau para substituir Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, tal substituição, da maneira como vem sendo operada, não está de acordo com as regras da Lei Complementar nº 646/90, implicando ofensa ao princípio do juiz natural.

2. Substituição por juízes de primeiro grau de jurisdição não integrantes do "Quadro de Juízes Substitutos em Segundo Grau". Convocação de Juízes por meio de sistema de voluntariado.

3. Ordem concedida, para anular o julgamento da apelação criminal, determinando-se o seu julgamento por Câmara constituída de acordo com o disposto na Constituição Federal/88 e na Lei Complementar Estadual nº 646/90. (HC 108425/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2008, DJe 12/11/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A questão, todavia, foi levada à apreciação do Pretório Excelso que, pela maioria dos votos de seus integrantes, no julgamento do HC n. 96.821 ocorrido aos 8.4.2010, denegou a ordem ali postulada, entendendo pela inexistência, na situação, de qualquer ofensa a regra ou princípio constitucional.

Conforme noticiado no Informativo n. 581 daquela Suprema Corte, na ponderação de valores constitucionais envolvidos, deram os eminentes Ministros que acompanharam o voto do Relator maior relevo para a celeridade na prestação jurisdicional alcançada com tal medida pelo Tribunal de Justiça bandeirante, o que estaria em consonância com o direito fundamental à razoável duração do processo, introduzido no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, afirmando-se, ainda, que a forma de convocação reclamada não teria qualquer influência na imparcialidade e independência dos magistrados que integram as chamadas "câmaras extraordinárias", razão pela qual não se poderia falar em ofensa ao princípio do juiz natural.

Embora a aludida decisão seja desprovida de qualquer caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna.

Desta forma, entendo que o posicionamento até então adotado por esta Corte Superior de Justiça, formulado de acordo com a análise da legislação infraconstitucional aplicável na espécie, deve ser revisto para que passe a incorporar a interpretação constitucional dada ao caso pela Suprema Corte, já que não se pode negar que a solução adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao convocar juízes atuantes no primeiro grau de jurisdição para formar câmaras adicionais de julgamento, ainda que no sistema de voluntariado, foi apta a dar maior celeridade à prestação jurisdicional reclamada à Corte bandeirante.

Com base nestas considerações, filio-me ao entendimento exarado pelo Pretório Excelso, razão pela qual, não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal também quanto a este ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0175950-0

HC 146.879 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11062293 4552006 500602544674 993071256544

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS (PRESO)

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

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, denegou a ordem."

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