

**HABEAS CORPUS Nº 136.771 - GO (2009/0096098-9) (f)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**R.P/ACÓRDÃO** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : NEY MOURA TELES E OUTRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
**PACIENTE** : JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA  
**PACIENTE** : MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS. PECULATO E RECEPÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. JULGAMENTO. ATUAÇÃO DO MESMO MEMBRO DO PARQUET QUE CONDUZIU A AÇÃO PENAL NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 258, COMBINADO COM O ARTIGO 252, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.*

1. Constatando-se que o Procurador de Justiça que integrou o julgamento da apelação criminal interposta em favor dos pacientes foi o mesmo membro do *parquet* que, no primeiro grau de jurisdição, propôs a ação penal e ofereceu as respectivas alegações finais acusatórias, configura-se a ofensa ao disposto no artigo 258, combinado com o artigo 252, inciso III, do Código de Processo Penal.

2. Tendo-se em conta a diversidade de funções exercidas pelos representantes do Ministério Público, afigura-se inviável, por parte de qualquer agente público ou político, o exercício de uma fiscalização isenta após este mesmo agente ter atuado na defesa de interesse controvertido no seio de uma relação processual instituída em juízo, como ocorreu na hipótese.

3. Embora seja certo que a atuação do Órgão Ministério Público no segundo grau de jurisdição não tenha nenhuma carga vinculativa para o julgamento da insurgência, já que exprime o que a instituição reputa por correto no caso concreto, trata-se de verdadeira instância de controle, essencial para a manutenção ou reparação da ordem jurídica, cuja defesa lhe é inerente.

4. A função fiscalizatória exercida pelo *parquet* também deve ser marcada pela imparcialidade, sob pena de se inviabilizar o alcance das suas incumbências constitucionais (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal).

5. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

**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:

# *Superior Tribunal de Justiça*

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Jorge Mussi (art. 52, IV, alínea "b", RISTJ)."

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp.

Votaram parcialmente vencidos a Sra. Ministra Laurita Vaz, que concedia parcialmente a ordem e o Sr. Ministro Gilson Dipp, que concedia "Habeas Corpus" de ofício.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (art. 162, § 2º, do RISTJ).

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011. (Data do Julgamento).



**HABEAS CORPUS Nº 136.771 - GO (2009/0096098-9) (f)**

IMPETRANTE : NEY MOURA TELES E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
PACIENTE : JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA  
PACIENTE : MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA e MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA – denunciados como incurso no art. 312, § 1.º, c.c. o art. 29 e art. 180, *caput* e § 6.º, todos do Código Penal –, em face de julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Consta dos autos que JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA e MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA foram condenados, respectivamente, às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, como incurso nos arts. 312, § 1.º, e 180, ambos do Código Penal.

Contra a sentença, os Pacientes interpuseram apelação, a qual foi negado provimento pela Corte *a quo*, por unanimidade.

Irresignados, os Pacientes opuseram embargos de declaração, que restaram rejeitados, por unanimidade.

Contra esses julgamentos realizados pelo Tribunal de origem, foi impetrado o presente *writ*, sustentando-se a nulidade do julgamento da apelação e dos embargos de declaração, em virtude da participação de juiz convocado com afronta às normas constitucionais, legais e regimentais, bem como de procurador de justiça impedido de participar do julgamento, uma vez que já havia atuado no processo em questão, na 1.ª instância. Requer a Defesa a anulação do julgamento da apelação criminal n.º 28.606-5/213.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 274/275.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 317/320, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 136.771 - GO (2009/0096098-9) (f)**

**VOTO VENCIDO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relator):**

O Impetrante alega que a convocação do juiz de direito para substituir um desembargador de Tribunal de Justiça, no caso, representa grave ofensa ao princípio do juiz natural, ainda mais levando em conta que "*o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a substituição ocasional de juiz de tribunal de segundo grau, desde que nos termos do que dispõe o art. 118 da LOMAN, isto é, nos casos de vaga ou afastamento por mais de trinta dias [...]*" (fl. 09).

Na espécie, o 1.º Juiz de Direito da 8.ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, Dr. Itaney Francisco Campos – convocado para substituir o Desembargador Floriano Gomes em suas férias (03/04/2006 a 02/05/2006) – participou dos julgamentos no Tribunal estadual da apelação, em 18/04/2006, e dos embargos de declaração, em 11/05/2006, motivo pelo qual, segundo o Impetrante, haveria nulidade a exigir a pronta cassação dos acórdãos exarados nos autos da apelação criminal n.º 28.606-5/213.

Pois bem. De acordo com as informações prestadas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, "*a referida convocação ocorreu, segundo documentação anexa, por meio de decisão unânime da Corte Especial do Tribunal de Justiça [...], na sessão ordinária do dia 08 de março de 2006, circunstância na qual deferiu-se o usufruto de férias do senhor Desembargador Floriano Gomes, e ainda, indicou-se para substituí-lo o Dr. Itaney Francisco Campos, 1.º Juiz de Direito da 8.ª Vara Cível da Comarca de Goiânia*" (fl. 307).

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, consolidou o entendimento segundo o qual a convocação de juízes substitutos não viola o princípio do juiz natural, desde que se dê de acordo com a Constituição Federal. Ilustrativamente:

**"HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE 1º GRAU CONVOCADOS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.**

*1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não viola o princípio do juiz natural a convocação de juízes de*

# Superior Tribunal de Justiça

primeiro grau para compor órgão julgador do respectivo tribunal. Precedente: HC 86.889, da relatoria do ministro Menezes Direito.

2. No julgamento do HC 96.821 (Sessão de 08/04/2010 - acórdão pendente de publicação), o Plenário desta nossa Corte fixou a orientação de que não há nenhuma violação ao princípio do juiz natural quando a Turma julgadora é composta, na sua maioria, por juízes convocados de primeiro grau. Entendimento, esse, que homenageia a duração razoável do processo, "materializando o ideal de uma prestação jurisdicional célere e efetiva".

3. Ordem denegada." (HC 99240, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 21/05/2010.)

Por outro lado, esta Corte Superior já decidiu que "A convocação de juiz substituto, por exatos trinta dias não torna ilegal a convocação", uma vez que se trata de mera irregularidade, sem o condão de gerar nulidade apta a incidir sobre o processo. Segundo consignou a Desembargadora Jane Silva, convocada nesta Corte recentemente, nos autos do HC 107.701/GO, "essa mácula [a convocação por exatos 30 dias], por si só, não é capaz de causar a nulidade do julgamento, podendo consistir, quando muito, em infração administrativa perpetrada pela Presidência da Corte a quo, situação que não se apura no presente writ. O que importa é que a convocação foi realizada mediante meio idôneo e com finalidade certa, não havendo que se reputar nulas as decisões prolatadas pelos Juízes de Direito convocados unicamente em função de a convocação ter perdurado por exatos trinta dias". A propósito, os seguintes precedentes:

**"HABEAS CORPUS. NULIDADE. JULGAMENTO EFETUADO POR JUÍZES CONVOCADOS. CONVOCAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 118 DA LOMAN. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA.**

1. Não é nulo o julgamento realizado por Câmara composta majoritariamente por juízes convocados, se a convocação foi efetuada nos termos do artigo 118 da LOMAN.

2. **A convocação de juiz substituto, por exatos trinta dias não torna ilegal a convocação.**

3. Constrangimento ilegal não caracterizado.

4. Ordem denegada." (HC 112.482/PA, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI – Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 01/02/2010.)

**"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA EM 1ª INSTÂNCIA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVO – JULGAMENTO POR CÂMARA COMPOSTA POR JUÍZES DE 1º GRAU CONVOCADOS – CONVOCAÇÃO POR EXATOS TRINTA DIAS – ATO JÁ EXPIRADO QUANTO A UM DELES NO MOMENTO DO JULGAMENTO – RELATÓRIO E PEDIDO DE DIA LANÇADOS NOS AUTOS DENTRO DO PERÍODO DA CONVOCAÇÃO –**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*JUIZ QUE SE TORNOU “CERTO” PARA O JULGAMENTO DA CAUSA E, PORTANTO, A ELA SE VINCULOU – REGIMENTO INTERNO DA CORTE A QUO QUE PREVÊ ESSA SITUAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO DESEMBARGADOR SUBSTITUÍDO NO JULGAMENTO, ATÉ PORQUE ELE SE LIMITOU A PRESIDIR-LO, SEM VOTO – AUSÊNCIA DE NULIDADE – FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA SOBRE A INCLUSÃO DO RECURSO EM PAUTA E SOBRE O ACÓRDÃO – INOCORRÊNCIA – PUBLICAÇÕES DEVIDAMENTE FEITAS NO DIÁRIO OFICIAL – ADVOGADO CONSTITUÍDO – INTIMAÇÃO QUE SE DÁ PELA PUBLICAÇÃO – PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM – EXISTÊNCIA DE AFIRMAÇÕES POSITIVAS E INDUVIDOSAS SOBRE A INTENÇÃO DOLOSA DO AGENTE – AUSÊNCIA DE TERMOS SÓBRIOS E/OU COMEDIDOS – INEQUÍVOCA INFLUÊNCIA NO ÂNIMO DOS JURADOS – AFRONTA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL – NULIDADE INSANÁVEL – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ANULAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA.*

[...]

**3. Porém, a convocação por período certo de trinta dias não é capaz de macular o julgamento do recurso, constituindo-se, quando muito, em infração administrativa.**

[...]

**8. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular o processo desde a decisão de pronúncia, inclusive, determinando-se, ainda, seu desentranhamento dos autos, evitando-se, assim, eventual contato dos Jurados com ela.” (HC 107.701/GO, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JANE SILVA – Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJe de 09/12/2008.)**

Verifica-se, por conseguinte, quanto ao julgamento da apelação, a ausência de nulidade decorrente da convocação de juiz de primeiro grau para compor órgão julgador do Tribunal estadual.

Contudo, no que se refere ao julgamento dos embargos de declaração, há patente nulidade, uma vez que a sessão ocorreu em **11/05/2006**, portanto, fora do período de convocação (03/04/2006 a 02/05/2006).

A segunda alegação da Defesa diz respeito a eventual impedimento do procurador de justiça que participou das sessões de julgamento da apelação e dos embargos de declaração, uma vez que já havia atuado no processo em questão, na condição de promotor de justiça, ao oferecer as alegações finais.

A impetração sustenta que o art. 258 do Código de Processo Penal dispõe que as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos do juízes são estendíveis aos membros do *Parquet*. Ao mesmo tempo, o art. 252, inciso III, do mesmo diploma legal, veda o exercício de juiz em processo que ele já tiver funcionado como juiz de outra instância,

# Superior Tribunal de Justiça

motivo pelo qual, conclui o Impetrante, o procurador de justiça que atuou no julgamento da apelação ora em análise estaria impedido de fazê-lo.

A propósito, os referidos dispositivos legais:

*"Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes."*

*"Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:  
[...]  
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;  
[...]"*

Ocorre que a regra do art. 258, do Código de Processo Penal, estende as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes aos membros do Ministério Público **somente** no que lhes for aplicável.

E certamente não é o caso dos autos.

No caso da regra a ser estendida, segundo a visão da Defesa, o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão. Portanto, conclui o Impetrante, o procurador de justiça não poderia participar do julgamento da apelação se atuou na 1.<sup>a</sup> instância, oferecendo, até mesmo, alegações finais.

Como se sabe, o art. 252 do Código de Processo Penal, "*prevendo as hipóteses taxativas de impedimento, tem por objetivo garantir a imparcialidade do magistrado, preservando, de tal forma, a indispensável isenção para o exercício da função jurisdicional*" (HC 113.176/AL, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 31/08/2009). O referido dispositivo sugere "*a idéia de estar diretamente ligada à necessidade de se realizar efetivamente o duplo grau de jurisdição, na medida em que exige que a matéria seja tratada por dois órgãos judicantes distintos*" (HC 31.042/RJ, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJe de 03/08/2009).

A jurisprudência, ao aplicar o art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, entende que a participação do magistrado em julgamento no segundo grau **somente** será vedada quando os atos praticados foram de caráter decisório, e não, apenas, simplesmente ordinatórios. Ilustrativamente:

# Superior Tribunal de Justiça

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, CAPUT, E ART. 311, CAPUT, DO CP. JUIZ. IMPEDIMENTO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE RECEPÇÃO DOLOSA PARA CULPOSA. REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

***I - O Desembargador que, quando juiz de primeiro grau, atuou na condução da ação penal em que restou condenado o paciente, praticando, ab initio, ato meramente ordinatório, não se encontra impedido para apreciar posteriormente o recurso de apelação. (Precedentes).***

[...] Habeas corpus *parcialmente concedido.*" (HC 77.868/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 10/12/2007.)

Ou seja, trata-se de regra cujo âmbito de atuação se restringe à jurisdição, poder inerente à atividade dos magistrados e estranha à função ministerial. Portanto, acatar a tese defensiva significa, na espécie, dar um alcance que a norma não pretende ter.

Assim, o fato de o membro do Ministério Público ter oferecido alegações finais e, depois, participado, como *custus legis*, no julgamento da apelação não invalida o acórdão, mormente porque não demonstrou a Defesa ter sofrido algum prejuízo.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem a fim de anular, tão somente, o julgamento dos embargos de declaração, para que outro seja realizado, observando-se as normas acerca da composição da câmara criminal, no que restei vencida, tendo prevalecido, neste ponto, o voto do ilustre Ministro Jorge Mussi.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



HABEAS CORPUS Nº 136.771 - GO (2009/0096098-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ  
IMPETRANTE : NEY MOURA TELES E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
PACIENTE : JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA  
PACIENTE : MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA

**VOTO VENCEDOR**  
(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, enquanto escutava o bem lançado voto da eminente Ministra Relatora e meditava nas argumentações expedidas brilhantemente pelo ilustre advogado, lembrava-me de uma advertência do Professor Konrad Hesse, num livro de Direito Constitucional alemão, a qual nunca dei a importância que passarei a dar. Dizia o Professor Konrad Hesse que, quando há transigências com normas ou princípios ou regras constitucionais de, aparentemente, menor importância, termina-se fragilizando todo o arcabouço da Constituição. Ele faz uma argumentação terrível, diz que a evolução dessas transigências, dessas tolerâncias com as normas constitucionais e com os princípios terminarão chegando a abolir o *habeas corpus* e o Mandado de Segurança.

2. Penso que, no caso, Senhor Presidente, começamos admitindo a convocação de Juízes; admitimos, depois, que a maioria de convocados integrasse órgãos judicantes; admitimos até que uma câmara julgadora, como já aconteceu na 5ª Região, fosse composta exclusivamente de convocados. Toleramos isso e toleramos em nome da celeridade, da prestação jurisdicional rápida e tal.

3. Agora, temos um *plus*: a convocação fora do marco, da demarcação temporal da LOMAN. A LOMAN fala que a convocação se dará quando o afastamento do titular for por prazo superior a trinta dias. Ora, se for trinta e um dias poderia, mas trinta não pode? É a mesma lógica o prazo de contestação por

# Superior Tribunal de Justiça

exemplo, que é de quinze dias, no décimo sexto não pode mais entrar com a contestação.

4. Olhemos como a tolerância vai alargando a permissividade. Depois, o próprio Juiz convocado, dez dias depois de encerrada essa convocação, a meu ver irregular e subtraente do poder jurisdicional, julga os Embargos de Declaração. Dez dias a mais, o que vale? Onze dias a mais, que importância tem isso? O importante é a celeridade, a prestação jurisdicional rápida, etc.

5. Com isso, começamos a tomar permissões e licenças com a Constituição. O Princípio do Juiz Natural é um princípio secular no processo e é, talvez, tão sagrado quanto a defesa do réu.

6. Penso, Senhor Presidente, com a devida vênia do bem lançado voto da ilustre Senhora Ministra Relatora, que uma coisa é permitir-se a convocação de Juízes. Quando cheguei neste Tribunal votava contra a convocação, achava que não se podia convocar Juízes, a não ser que observasse um sorteio. Porque ocorria, e ocorre frequentemente, que o Relator ou Desembargador que se afasta indica quem deve substituí-lo, sem nenhuma aleatoriedade na escolha de quem vai substituí-lo. Eu mesmo fui contemplado, várias vezes, com a escolha subjetiva do Prof. Hugo Machado, na 5ª Região, do hoje Senhor Ministro Francisco Falcão, do Dr. Nereu Santos, do Dr. Lázaro Guimarães.

7. Penso que isso nulifica a convocação, a não observância do prazo estabelecido na LOMAN, a meu ver. E isso, Senhor Presidente, pode levar a abusos maiores, como ocorreu aqui, como a Senhora Ministra Laurita Vaz reconheceu, que no julgamento dos declaratórios não vai cobrar validade porque funcionou um convocado que já tinha ultrapassado o prazo da convocação.

8. E quem foi convocado antes do tempo para convocação? Creio que o raciocínio da nulidade, *mutatis mutandis*, é o mesmo. Se ele não podia ser convocado, ou melhor, se ele podia ser convocado fora do prazo da LOMAN, também podia julgar além do prazo da convocação. Porque o princípio da celeridade, etc., sobrepairaria ou prevaleceria sobre essa argumentação, que

# Superior Tribunal de Justiça

parece burocrática, mas só parece burocrática, Senhor Ministro Adilson Vieira Macabu. Na verdade, é a preservação de um dos elementos ou de um dos aspectos mais importantes do processo e da jurisdição, que é a preservação do Juiz Natural. Não podemos elastecer essas garantias, como estamos inclinados, frequentemente, a fazer. Esse é um ponto.

9. O outro ponto é esse do Promotor impedido, por extensão, de se pronunciar num feito no qual ele funcionou na qualidade de parte. Creio que o impedimento ao Juiz deve se estender ao Promotor, porque o fundamento desse instituto de impedimento é essencialmente ético. Tenho muita dificuldade em aceitar que o Promotor que ofereceu razões finais, que militou pelo lado do Ministério Público na ação de cognição tenha, agora, isenção para dar o Parecer, de maneira neutral ou neutra em relação ao que ele mesmo defendeu no 1º Grau. Será que o Ministério Público, Senhor Ministro Adilson Vieira Macabu, tem de, realmente, se valer desse tipo de expediente?

10. Penso que isso tisona a jurisdição, dificulta a assimilação da decisão pelos jurisdicionados, que é a quem a atividade judicial se destina.

11. Vou pedir vênias a Senhora Ministra Relatora para, em primeiro lugar, indo um pouco além de seu raciocínio, mas usando sua lógica inflexível e sempre cortante, exata e certa, afirmar que, se não vale a convocação além do prazo, e não vale, também não vale antes do prazo, pela mesma razão, a meu ver.

12. Então, vou um pouco mais além do voto da eminente Ministra Relatora, para anular, também, o julgamento da apelação, e não só dos declaratórios, e para proclamar, embora não seja mais necessário, que a participação como *custos legis* do órgão do Ministério Público que atuou militantemente no 1º Grau não seja tida como algo assimilável pelas garantias processuais. Estamos vivendo, penso eu, uma época de alargamento, de confirmação dos direitos fundamentais, dos direitos subjetivos. Aliás, o Professor Norberto Bobbio afirma isto, que os direitos fundamentais, subjetivos não precisam mais ser identificados e nem louvados, devem ser aplicados.

# *Superior Tribunal de Justiça*

13. Peço vênia a Senhora Ministra Relatora para conceder integralmente a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto que acabo de pronunciar.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0096098-9

**HC 136.771 / GO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200300103578      200503489756      286065      552003

EM MESA

JULGADO: 19/05/2011

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : NEY MOURA TELES E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
PACIENTE : JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA  
PACIENTE : MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA

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

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. NEY MOURA TELES (P/ PACTES)

**CERTIDÃO**

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora deferindo parcialmente o pedido e o voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Jorge Mussi."

Aguardam os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0096098-9

**HC 136.771 / GO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200300103578      200503489756      286065      552003

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : NEY MOURA TELES E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
PACIENTE : JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA  
PACIENTE : MARILENE BRAZ DE OLIVEIRA

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

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 19/05/2011: DR. NEY MOURA TELES (P/PACTES)

**CERTIDÃO**

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora deferindo parcialmente o pedido e o voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho concedendo a ordem, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), pediu vista o Sr. Ministro Gilson Dipp."

**HABEAS CORPUS Nº 136.771 - GO (2009/0096098-9) (f)**

**VOTO-VISTA**

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI:** Por meio deste *habeas corpus* pretendem os impetrantes, em síntese, a anulação do julgamento do recurso de apelação interposto em favor dos pacientes, sob dois fundamentos: a) a alegada ofensa ao princípio do juiz natural, tendo em vista que o Órgão Colegiado de origem era composto por magistrado que reputam ilegalmente convocado; b) o apontado impedimento do Procurador de Justiça que participou do julgamento dos recursos.

No seu voto, a eminente Relatora, Ministra Laurita Vaz, concede parcialmente a ordem, apenas para anular o julgamento dos embargos de declaração opostos pela defesa, em razão deste ter contado com a participação de magistrado convocado, embora já esgotado o prazo de convocação.

Na continuidade do julgamento, o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho concede a ordem na sua íntegra, por considerar ilegal tanto a forma como ocorreu a convocação do magistrado que participou do julgamento dos recursos interpostos no caso em tela, como a participação de Procurador de Justiça impedido, tendo em vista que já havia atuado no caso no primeiro grau de jurisdição.

Para melhor análise, pedi vista dos autos.

No que diz respeito ao primeiro tema, por ocasião do julgamento do HC n. 134.463/GO, em caso análogo e também patrocinado pelo causídico Ney Moura Teles, votei pelo reconhecimento da nulidade do julgamento de embargos de declaração opostos contra acórdão proferido em apelação criminal, pelo fato de um dos magistrados integrantes do Órgão Colegiado ter atuado após expirada a vigência do ato convocatório, o qual, naquela oportunidade, foi considerado legal, no que fui acompanhado pela maioria dos integrantes desta Colenda Quinta Turma, em sessão de julgamento realizada aos 7.6.2011.

Na hipótese destes autos a situação se repete, já que, conforme destacado pela eminente Relatora, a convocação do Dr. Itaney Francisco Campos

# *Superior Tribunal de Justiça*

foi precedida da observância aos requisitos legais aplicáveis à espécie. Entretanto, no julgamento dos embargos de declaração, aos 11.5.2006, a sua atuação se deu fora do período de convocação, compreendido entre 3.4.2006 a 2.5.2006, sendo imperiosa a declaração da sua nulidade, por ofensa ao princípio do Juiz Natural.

Há nos autos, porém, outra mácula que atinge não só o julgamento dos embargos de declaração, mas também o da apelação criminal interposta pela defesa.

Com efeito, constata-se da documentação que acompanha a impetração que o Procurador de Justiça que integrou o julgamento dos aludidos recursos perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o Dr. Sérgio Abinagem Serrano (fls. 144/209), foi o mesmo que, no primeiro grau de jurisdição, propôs a ação penal e ofereceu as respectivas alegações finais acusatórias (fls. 15/22 e 23/53).

Tal situação reclama a incidência do disposto no artigo 258, combinado com o artigo 252, inciso III, do Código de Processo Penal, os quais preceituam:

*"Art. 258. Os órgão do Ministério Público não funcionarão nos processo em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes."*

*"Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:*

*(...)*

*III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;"*

Embora não se desconheça o entendimento jurisprudencial no sentido de que a participação do magistrado em julgamento no segundo grau somente será vedada quando os atos praticados forem de caráter decisório, e não, apenas, simplesmente ordinatórios, conforme citado pela eminente Relatora para refutar a pretensão do impetrante, é certo que a instituição do Ministério Público, essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição



# *Superior Tribunal de Justiça*

Federal, é dotada de funções institucionais que disciplinam a sua atividade. Destaca-se, para o deslinde da questão posta nos autos, as funções de fiscalizar a execução da lei e a de promover, privativamente, a ação penal pública, ambas dispostas no artigo 257 do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, e tendo em mente as normas aplicáveis aos procedimentos para a apuração de condutas tipificadas como crimes pelo ordenamento jurídico, se faz necessário destacar as funções exercidas pelos membros do Ministério Público no primeiro e no segundo grau de jurisdição.

Com efeito, tratando-se de crime de ação penal pública, o exercício do *jus puniendi* se dá por meio do Órgão do Ministério Público com atribuição, de acordo com a lei de organização da instituição, buscando, ao final, o provimento jurisdicional que mais se adequa aos interesses sociais.

Em sede recursal, entretanto, a instituição Ministério Público é dotada de dupla função, uma exercida por meio do Órgão (Membro) com atuação no primeiro grau de jurisdição - seja interpondo a insurgência ou ofertando as respectivas contrarrazões -, e outra realizada pelo Órgão (Membro) com atuação no segundo grau de jurisdição, de natureza eminentemente fiscalizatória, visando apenas a correta aplicação do ordenamento jurídico.

Entretanto, afigura-se inviável, por parte de qualquer agente público ou político, o exercício de uma fiscalização isenta após este mesmo agente ter atuado na defesa de interesse controvertido no seio de uma relação processual instituída em juízo, como ocorreu na hipótese em apreço.

Embora seja certo que a atuação do Órgão do Ministério Público no segundo grau de jurisdição não tenha nenhuma carga vinculativa para o julgamento da insurgência, já que exprime o que a instituição reputa por correto no caso concreto, trata-se de verdadeira instância de controle, essencial para a manutenção ou reparação da ordem jurídica, cuja defesa lhe é inerente.

Cabe destacar que não raras vezes o acusado no bojo de uma ação penal tem em seu favor um parecer emitido pelo Órgão Ministerial no segundo grau de jurisdição, no exercício dessa função fiscalizatória, em sentido diametralmente oposto ao externado pelo Promotor de Justiça atuante na primeira instância,

# Superior Tribunal de Justiça

circunstância que lhe vem auxiliar na defesa dos seus interesses recursais.

A permitir a situação verificada nos autos, em direta afronta ao disposto no artigo 258 do Código de Processo Penal, estar-se-ia retirando do acusado a garantia de ter uma análise isenta do Ministério Público no segundo grau de jurisdição, justamente nessa sua função fiscalizatória, a qual deve ser marcada também pela imparcialidade, sob pena de se inviabilizar o alcance das suas incumbências constitucionais (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal).

Tal característica, inclusive, é ressaltada em diversos precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior de Justiça, os quais preceituam que não existe contraditório após o oferecimento do parecer ministerial em segunda instância, em razão da sua atuação como *custos legis* (vide, por exemplo: HC 196.025/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 15.6.2011; HC 163.486/SP, Rel. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe 16.11.2010).

Apenas a título de ilustração do raciocínio, colhe-se a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

*"O atuar imparcial do Ministério Público está relacionado com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e deve ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos. Nunca é demais repetir: ao Estado (e, aqui, ao Ministério Público) deve interessar, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente. Essa é a verdadeira leitura a ser feita da norma do art. 257 do CPP." (Curso de Processo Penal. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 470.)*

É inconcebível, portanto, que um mesmo Membro do Ministério Público possa desvincular-se de todas as convicções formadas acerca do caso concreto quando atuante no primeiro grau de jurisdição - formulando a peça acusatória, acompanhando a instrução processual e, ao final, requerendo a condenação dos pacientes às penas previstas para as condutas que lhes foram atribuídas -, para, no segundo grau, exercer de forma isenta a função fiscalizatória sobre, inclusive, os atos do órgão acusatório, nele corporificado.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por tais razões, e por constatar a flagrante ofensa ao disposto no artigo 258, combinado com o artigo 252, inciso III, do Código de Processo Penal, concedo a ordem para anular não só julgamento dos embargos de declaração, como também o do recurso de apelação criminal.

É o voto.



**HABEAS CORPUS Nº 136.771 - GO (2009/0096098-9) (f)**

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP:**

Os pacientes foram condenados pelo Juízo da 8ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia/GO pelos crimes capitulados nos arts. 312, § 1º e 180, *caput*, do Código Penal, por participarem de desfalque no Banco do Brasil de mais de 63 milhões de reais, sendo que o primeiro, **Joaquim Luiz da Silveira**, na condição de tabelião colaborou para a credibilidade da documentação e a segunda, **Marilene Braz de Oliveira**, recebeu cem mil reais do dinheiro desviado. O veredicto foi mantido pelo Tribunal de Justiça através de sua 2ª Câmara Criminal.

Do improvimento da apelação os pacientes ofereceram recurso especial -- que na origem foi considerado apenas quanto ao art. 619 do CPP (não reconhecimento de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão) único prequestionado -- mas que foi inadmitido.

Nesta instância, a Relatora Ministra Laurita Vaz negou provimento ao agravo de instrumento.

Daí a impetração dos requerentes alegando matéria nova consistente na nulidade dos julgamentos do Tribunal de Justiça, pois o colegiado foi completado, na ocasião, por convocação de Juiz de Direito na ausência de Desembargador que se afastara por férias de 30 dias.

Além disso, o magistrado ainda participou do julgamento dos embargos bem após o encerramento da convocação.

Arguem os impetrantes, aí, violação do art. 118 da Loman que permite esse tipo de convocação apenas para afastamentos de *mais* de 30 dias.

Sustentam também a mesma nulidade por força da atuação do membro do Ministério Público pois que, presente nas duas sessões do colegiado, já atuara em primeiro grau oferecendo a denúncia.

A Ministra Relatora relevou a nulidade da convocação de 30 dias dando por regular a participação do Juiz de primeiro grau no julgamento da apelação, mas aceitou a nulidade do julgamento dos embargos, daí porque concedeu a ordem em parte.

# Superior Tribunal de Justiça

Os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu concederam a ordem integralmente.

Pedi vista para melhor exame.

A questão toda se resume em saber se o Juiz de Direito de primeiro grau pode ser validamente convocado para substituição em segundo grau por período de 30 dias quando a Loman, no art. 118, estabelece que a convocação para substituição só está autorizada para período *superior* a 30 dias.

A controvérsia a respeito do impedimento do Procurador de Justiça perde relevância, pois tendo atuado no primeiro grau como parte e, no segundo, como fiscal da lei, a eventual nulidade daí decorrente não repercute contra os pacientes.

O que chama atenção, e a meu ver deve ser considerado pela Turma, é o fato desta impetração constituir-se *em substitutivo de recurso especial* não oportunamente interposto ademais de veicular matéria não regularmente prequestionada e nem submetida às instâncias ordinárias de conhecimento.

Havia já trânsito em julgado.

O recurso especial que foi oferecido no tempo próprio tinha *outro* objeto, não foi admitido e os impetrantes não suscitaram oportunamente o tema agora agitado.

Aliás, a reabertura da discussão por via deste *habeas-corpus* e a anulação dos julgamentos implicará fatalmente na prescrição da condenação dos pacientes (a da paciente Marilene está prestes a consumir-se).

Ora, a despeito da larga envergadura do remédio heróico parece que ao Tribunal Superior cabe zelar com rigor pela sua própria jurisdição e competência.

As nulidades agora referidas eram de conhecimento dos advogados e pacientes, ou pelo menos já existiriam no modo ora arguido, mas não foram suscitadas.

De qualquer modo, estou de acordo em que a nulidade apregoada é de feitio a não comportar qualquer possibilidade de sanatória pois que tem caráter absoluto, uma vez que ofende diretamente o princípio do juiz natural.

Além disso, se se afasta o magistrado cuja convocação era ilegal o órgão julgador não tem mais composição suficiente para o julgamento.

Por essa razão embora os precedentes invocados pela Ministra Relatora, a meu juízo a participação de juiz de primeiro grau em julgamento para o qual foi convocado por

# Superior Tribunal de Justiça

período de apenas 30 dias incorre na vedação frontal da lei orgânica.

Nesse ponto, não há meia nulidade como se sugere. Do mesmo modo, a participação em julgamento já fora do período de convocação torna a irregularidade ainda mais grave.

Ante o exposto, ao *habeas-corpus* substitutivo de recurso especial não se deve conhecer, mas, tal como o fizeram antes os votos que concedem a ordem, à vista da nulidade plena *concedo a ordem de ofício* para anular o julgamento da apelação e o dos embargos declaratórios de modo a serem renovados, observadas as determinações legais.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0096098-9

**HC 136.771 / GO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200300103578      200503489756      286065      552003

EM MESA

JULGADO: 27/09/2011

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

**Relator para Acórdão**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : NEY MOURA TELES E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS  
PACIENTE : JOAQUIM LUIZ DA SILVEIRA  
PACIENTE : MARILENE BRAZ 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:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Jorge Mussi (art. 52, IV, alínea "b", RISTJ)."

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp.

Votaram parcialmente vencidos a Sra. Ministra Laurita Vaz, que concedia parcialmente a ordem e o Sr. Ministro Gilson Dipp, que concedia "Habeas Corpus" de ofício.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (art. 162, § 2º, do RISTJ).