



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 31.277 - DF (2011/0245395-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : A R DE S
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ FIGUEIRA CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE A CONSTRANGIMENTO (ARTIGOS 214, COMBINADO COM O ARTIGO 224, ALÍNEA "A", E 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL, E NO ARTIGO 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). ALEGADA NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO RECORRENTE POR EDITAL ACERCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOTIFICAÇÃO FICTA QUE TERIA SIDO IMPLEMENTADA ANTES DE SE TENTAR LOCALIZAR O RÉU. EXISTÊNCIA DE TENTATIVAS PRÉVIAS DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. RECORRENTE QUE TINHA CIÊNCIA DA PROLAÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO EM SEU DESFAVOR, E MANTEVE CONTATO COM SEU ADVOGADO, QUE INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O acusado que respondeu solto ao processo, ainda que possua defensor constituído, deve ser intimado pessoalmente da condenação, sob pena de nulidade por violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes do STJ e do STF.

2. Consoante o disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal, as intimações devem seguir o mesmo modelo usado para as citações, ou seja, devem proceder-se por mandado, quando o réu estiver sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado (artigo 351 da Lei Processual Penal), por precatória, quando estiver fora do território da jurisdição do juiz processante (artigo 353 do mencionado diploma legal), ou por edital, quando não for encontrado (artigo 361 da legislação processual penal).

2. Contudo, para que as intimações do acusado sejam feitas por edital não se impõe o mesmo rigor exigido para a realização da citação ficta, uma vez que já há contra ele processo instaurado, ou seja, o réu já tem ciência da existência da ação penal contra si deflagrada, pressupondo-se, assim, que a acompanhe, sempre informando ao Juízo onde pode ser encontrado.

3. Na hipótese em apreço, o magistrado de origem determinou a intimação do recorrente no endereço por ele próprio fornecido nos autos, não tendo a oficial de justiça logrado êxito em notificá-lo apenas porque, tendo ciência da existência de mandado de prisão em seu desfavor por conta da sentença condenatória contra ele proferida, viajou, sem data para retorno, conforme certificado nos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Assim, não se pode afirmar que o Juízo singular tenha ordenado a intimação do recorrente por edital sem que tenha buscado localizá-lo, uma vez que houve, sim, a prévia tentativa de sua cientificação pessoal acerca da sentença condenatória, que só fracassou porque ele não foi encontrado em sua residência nas três oportunidades em que lá esteve a servidora responsável pela implementação do ato.

5. Ademais, ainda que assim não fosse, há que se ressaltar que, atualmente, até mesmo em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida, não tendo os causídicos responsáveis pela defesa do recorrente logrado demonstrar os danos que teriam sido por ele suportados com a implementação de sua notificação por meio de edital, já que ele teve ciência da prolação do édito repressivo, tanto que viajou para não ser preso, período durante o qual manteve contato com seu advogado, que estava adotando as medidas legais pertinentes para tentar revogar o mandado prisão contra ele expedido, tendo sido interposto, ainda, recurso de apelação em seu favor, o qual foi parcialmente provido para reduzir as reprimendas que lhe foram impostas.

6. Recurso improvido.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 31.277 - DF (2011/0245395-3)

RECORRENTE : A R DE S
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ FIGUEIRA CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por A R DE S, contra acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que denegou a ordem nos autos do HC n. 2011.00.2.011306-1, considerando válida e eficaz a intimação do recorrente por edital acerca da sentença condenatória contra ele proferida.

Segundo consta dos autos, o recorrente foi condenado à pena de 16 (dezesseis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de atentado violento ao pudor e de submissão de criança ou adolescente sob sua autoridade a vexame ou constrangimento.

Sustentam os patronos do recorrente que este preferiu aguardar a definição de *writ* impetrado na origem antes de tomar ciência formal de sua condenação, motivo pelo qual não foi localizado pelo oficial de justiça para ser intimado do édito repressivo prolatado.

Informam que antes mesmo da tentativa de intimação do recorrente a sua defesa técnica interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios baixado os autos em diligência a fim de que fosse promovida a intimação do réu, pessoalmente ou por edital.

Aduzem que o Juízo de origem determinou à secretaria que certificasse se o réu se encontraria preso e, caso negativo, o intimasse por edital, o que foi feito.

Entendem que a notificação ficta do recorrente, sem que antes fosse promovida qualquer diligência no sentido de localizá-lo, seria equivocada, uma vez que ele não teria se esquivado ou dificultado a prática de qualquer ato processual, possuindo endereço nos autos, não se podendo afirmar que teria fugido para evitar sua prisão, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive foi considerada ilegal por esta Corte Superior de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Consignam que seria nula a decisão que determina a intimação do réu por edital, quando é possível a sua notificação pessoal e não esgotados os meios de realizá-la, ou sequer empreendidas tentativas nesse sentido.

Afirmam que antes da intimação por edital não se tentou a notificação por hora certa, tampouco se oficiou à Justiça Eleitoral, à Receita Federal ou às operadoras de telefonia para averiguar seu paradeiro.

Defendem que a ciência da sentença condenatória pelo então advogado do recorrente não supre a necessidade de intimação dele próprio, que estaria inserida no seu direito de autodefesa.

Observam que enquanto o acusado não é intimado acerca da prolação do édito repressivo não se inicia a contagem do prazo para a interposição de recursos.

Requerem, alfim, o provimento do reclamo para que seja declarada a nulidade da decisão que determinou a intimação do recorrente por edital da sentença condenatória, a fim de que seja notificado pessoalmente, sendo-lhe devolvido o prazo para impugnações.

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fls. 586/587), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 601/604, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 31.277 - DF (2011/0245395-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este recurso ordinário constitucional pretende-se, em síntese, a declaração da nulidade da intimação do recorrente por edital acerca da prolação de sentença condenatória em seu desfavor.

Segundo consta dos autos, o recorrente foi denunciado pela prática dos delitos de atentado violento ao pudor e de submissão de criança ou adolescente sob sua autoridade a vexame ou constrangimento, extraindo-se da peça acusatória as seguintes passagens:

"Entre os anos de 2004 e 2007, em data não suficientemente precisa, na QE 04, Bloco B-15, Apartamento 306, Guará-DF, o denunciado, livre e conscientemente, constrangeu a vítima Rafael Araújo de Sousa, na qualidade de pai, sendo seu filho menor de 14 anos à época dos fatos, mediante violência e grave ameaça, a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Consta ainda que no mesmo período acima narrado, o denunciado, de forma livre e consciente, submeteu a vítima, que estava sob sua autoridade e vigilância, ao constrangimento de assistir filmes pornográficos e jogar jogos de vídeo game violentos.

Consta no apuratório policial que o denunciado, por várias vezes, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com seu filho, sendo que tais condutas tiveram início quando este contava com 10 anos de idade e se deram na residência do denunciado por ocasião das visitas judicialmente acordadas.

Apurou-se que o denunciado e mãe viveram maritalmente por cerca de 9 (nove) anos e da união nasceu Rafael. Ocorre que o casal se separou em 2002 e durante o processo judicial, o denunciado adquiriu o direito de visitas que eram exercidos quinzenalmente onde o denunciado pegava o filho às 8h do sábado e o devolvia até as 18h do domingo, podendo inclusive ficar com o mesmo durante 15 dias no período de férias, conforme termo de audiência de fls. 12/13.

Conforme se observa no presente Inquérito, os abusos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

iniciaram após o falecimento da genitora da vítima e durante as visitas de fim de semana, momentos em que o denunciado se masturbava e ejaculava na perna da vítima, fazia sexo anal com o mesmo bem como sugava seus seios, momentos em que a criança fingia dormir para não ser submetido a maiores abusos por parte do pai que o ameaçava caso contasse para alguém.

Consta ainda que o denunciado visitava o filho na escola e o importunava com ameaças à sua pessoa e demais membros da família ocasião esta que motivou o menor à tentativa de suicídio que apenas não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade.

Os familiares notaram que após as visitas, Rafael por diversas vezes, chegava em casa sujo, exalando mau cheiro, com as mesmas roupas com que saíra e com assadura nas nádegas." (e-STJ fls. 22/24).

Após regular instrução, sobreveio sentença na qual o recorrente restou condenado à pena de 16 (dezesseis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, como incurso nos artigos 214, combinado com o artigo 224, alínea "a", e 226, inciso II, do Código Penal, e no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo-lhe sido negado o direito de apelar em liberdade "*em razão da gravidade dos fatos e pelos efeitos da sentença*", determinando-se a expedição de mandado de prisão em seu desfavor (e-STJ fls. 237/336).

O magistrado de origem determinou a intimação do recorrente para "*ter ciência da sentença proferida (...), ocasião em que, havendo interesse de sua parte, será concedida a oportunidade de dela recorrer*" (e-STJ fl. 337), bem como determinou à autoridade policial que o prendesse e recolhesse, consoante o mandado de fl. 338.

Aos 29.11.2010, foi impetrado *habeas corpus* em favor do recorrente perante a Corte de origem, para que este pudesse aguardar em liberdade a conclusão do feito, uma vez que não estariam presentes os requisitos para a sua segregação preventiva.

O então advogado do acusado recebeu carga dos autos, tendo apresentado recurso de apelação em 1.12.2010 (e-STJ fl. 342).

Nos dias 3.12.2010 e 7.12.2010, a oficial de justiça tentou intimar o paciente no endereço residencial por ele fornecido nos autos, o que não foi possível, consoante a certidão abaixo transcrita:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"Certifico e dou fé que em 03/12/10 às 09h24 e às 19h30, 07/12/10 às 08h55, diligenciei na QNA 35 lote 22 Taguatinga DF e **deixei de intimar** ACIR RODRIGUES DE SOUSA para tomar ciência da sentença proferida, porque ele está viajando, sem data prevista para retorno, conforme informação de sua esposa Aliete Gonçalves de Oliveira. A informante me falou ter entrado em contato com o advogado do réu e este lhe informou que, como consta um mandado de prisão contra ACIR, ele viajou e só retornará quando a prisão for revogada. Acrescentou que o advogado já estaria com a papelada pronta para dar entrada com tal pedido. Pelo exposto, recolho o presente ao Cartório." (e-STJ fl. 357).*

Diante do indeferimento da medida liminar pleiteada no *mandamus* impetrado perante a Corte de origem, novo remédio constitucional foi apresentado em favor do recorrente perante este Superior Tribunal de Justiça, tendo a medida cautelar sido deferida pelo eminente Ministro Presidente no período de férias forenses (e-STJ fls. 398/399).

Apresentadas as razões do recurso interposto pela defesa (e-STJ fls. 400/422), os autos ascenderam ao Tribunal de Justiça, que os baixou em diligência *"para que no prazo de 30 dias, o Réu seja intimado pessoalmente da sentença, nos termos do art. 392, inciso I do CPP ou se for o caso por Edital; devendo os autos retornar para a Vara de origem para o cumprimento da diligência"* (e-STJ fl. 471).

O togado singular proferiu, então, o seguinte despacho:

"Certifique a secretaria se o réu encontra-se preso em estabelecimento prisional - Caso negativo, intime-o por edital prazo 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 392, § 1º do CPP." (e-STJ fl. 475).

Diante da informação de que o recorrente não constaria do banco de dados do Sistema Penitenciário do Distrito Federal (e-STJ fl. 476) procedeu-se à notificação ficta do recorrente, em 11.2.2011 (e-STJ fls. 477 e 482).

Em 1.4.2011, a Secretaria da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios remeteu ao Juízo da 4ª Vara Criminal de Brasília ofício por meio do qual foram acostadas cópias referentes ao julgamento do mérito do *writ*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrado em favor do recorrente, no qual a ordem foi concedida para lhe permitir que apelasse da sentença em liberdade (e-STJ fls. 485/494).

Decorrido o prazo do edital, certificou-se que a condenação teria transitado em julgado para o réu em 23.5.2011 (e-STJ fl. 499), tendo o magistrado de origem determinado a expedição de carta de sentença definitiva (e-STJ fl. 504), despacho que posteriormente foi revogado (e-STJ fl. 530), ante a informação de que não teria sido julgado o recurso de apelação interposto em favor do acusado (e-STJ fl. 508).

Inconformada com a intimação ficta do recorrente acerca da sentença condenatória proferida em seu desfavor, a defesa do paciente impetrou novo *mandamus* em seu favor, tendo a ordem sido denegada em aresto que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE FORAGIDO. NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO RESIDENCIAL INDICADO NOS AUTOS. FRUSTRAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM EMITIDA NA SENTENÇA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE E EFICÁCIA.

Válida e eficaz é a intimação do paciente por edital para ciência da sentença penal, porque ele não foi encontrado no endereço residencial indicado nos autos, em razão de fuga para frustrar ordem de prisão preventiva proferida no próprio pronunciamento condenatório.

Habeas corpus denegado." (e-STJ fl. 546).

De tudo quanto consta dos autos, tem-se que a irresignação não merece acolhida.

O Código de Processo Penal trata da intimação da sentença no artigo 392:

"Art. 392. A intimação da sentença será feita:

I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

III - ao defensor constituído pelo réu, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - mediante edital, nos casos do nº II, se o réu e o defensor que houver constituído não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça;

V - mediante edital, nos casos do nº III, se o defensor que o réu houver constituído também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.

§ 1º O prazo do edital será de 90 dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, e de 60 dias, nos outros casos.

§ 2º O prazo para apelação correrá após o término do fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação por qualquer das outras formas estabelecidas neste artigo."

Ao interpretar o inciso II do dispositivo legal acima mencionado, esta Corte Superior de Justiça, em observância à garantia da ampla defesa, consolidou o entendimento de que é necessária a intimação da sentença condenatória tanto do acusado quanto do seu defensor, ainda que constituído:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIREITO À REABERTURA DO PRAZO PARA EVENTUAL RECURSO.

1. O acusado, ainda que possua defensor constituído, deve ser intimado pessoalmente da sentença condenatória, contando-se o prazo para a interposição de eventuais recursos a partir de sua intimação, sob pena de nulidade processual absoluta que mitiga o exercício do direito de ampla defesa. CPP, art. 564, III, "o". Precedentes.

2. Ordem concedida para, anulando o acórdão impugnado, determinar a intimação pessoal do Paciente da sentença condenatória e, conseqüentemente, a reabertura do prazo para que possa tomar as medidas que entender pertinentes.

(HC 106766/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 06/10/2008)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer a obrigatoriedade da intimação do réu, pessoalmente ou por edital, e de seu defensor, constituído ou nomeado, da sentença condenatória, sob pena de nulidade, por força do princípio da ampla defesa constitucionalmente previsto.

2. Na hipótese, o réu não foi intimado, motivo por que, ausente o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trânsito em julgado da ação penal, houve o transcurso do prazo prescricional.

3. Ordem concedida para anular a certidão de trânsito em julgado, devido à falta de intimação do réu da sentença condenatória, e, por conseguinte, para declarar extinta a punibilidade quanto ao crime de roubo a que o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal 477/97 (28º Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo/SP), expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

(HC 124803/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 19/10/2009)

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO RÉU E DEFENSOR CONSTITUÍDO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. PRAZO. TEMPESTIVIDADE.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme em que, da sentença condenatória, em qualquer caso, devem ser intimados o réu e seu defensor público, dativo ou constituído, aperfeiçoando-se o procedimento de cientificação da decisão com a última das intimações, a partir da qual flui o prazo recursal. Precedentes.

2. Ordem concedida.

(HC 47326/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005 p. 409)

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, afasta a suficiência da intimação do defensor do acusado, exigindo que ele próprio seja pessoalmente cientificado da condenação, para que possa manifestar, ou não, seu desejo de recorrer:

EMENTA: AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM RELAÇÃO AOS CRIMES ELEITORAIS DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO CRIME ELEITORAL DE CALÚNIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO SOMENTE PELA DEFESA. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DA DIPLOMAÇÃO DO RÉU NO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. RECONHECIMENTO PELO STF, POR MAIORIA, DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DO RÉU. I. SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO CRIMINAL - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA NAS CONTRA-RAZÕES APRESENTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL - PRAZO - INTIMAÇÃO. O termo ad quem para a interposição da apelação sequer se iniciou em face do réu não ter sido pessoalmente intimado da sentença. Devem ser intimados o defensor e o réu, mostrando-se insuficiente, para haver o curso do prazo recursal, a intimação apenas do primeiro - artigos 261, 263 e 392 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF. Preliminar de intempestividade da apelação afastada. II. (...) III. RECURSO PROVIDO. Recorrente absolvido da imputação com base no artigo 386, inciso III, do CPP.

(AP 428, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-01 PP-00007)

No caso dos autos, como visto, tentou-se intimar o recorrente pessoalmente (e-STJ fls. 356 e 357), tendo ele, posteriormente, sido notificado por edital da sentença condenatória proferida em seu desfavor (e-STJ fls. 475 e 477).

E é contra a intimação ficta do recorrente que se insurgem seus patronos, sob o argumento de que teria sido implementada sem que antes se tentasse localizá-lo, o que ofenderia a legislação processual pátria.

Pois bem. Antes de mais nada, é imperioso distinguir a citação, que é meio pelo qual o réu é cientificado sobre o ajuizamento de ação penal contra si, da intimação, que consiste na notificação das partes acerca da prática de algum ato processual já realizado ou a ser implementado.

Como é pelo ato citatório que o acusado é chamado a integrar a relação processual, ele só deve ser realizado fictamente quando esgotados todos os recursos disponíveis capazes de localizar o endereço do acusado, inexistindo, todavia, uma exigência absoluta para que se proceda a uma pesquisa nos cadastros de todos os órgãos onde o acusado possa ter declinado suas informações pessoais, mormente quando exista nos autos notícias acerca do seu possível paradeiro.

Por outro lado, consoante o disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal, as intimações devem seguir o mesmo modelo usado para as citações, ou seja, devem proceder-se por mandado, quando o réu estiver sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado (artigo 351 da Lei Processual Penal), por precatória, quando estiver fora do território da jurisdição do juiz processante (artigo 353 do mencionado diploma legal), ou por edital, quando não for encontrado (artigo 361 da legislação processual penal).

Contudo, para que as intimações do acusado sejam feitas por edital não se impõe o mesmo rigor exigido para a realização da citação ficta, uma vez que já há contra ele processo regularmente instaurado, ou seja, o réu já tem ciência da existência da ação penal contra si deflagrada, pressupondo-se, assim, que a acompanhe, sempre informando ao Juízo onde pode ser encontrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essa razão, o artigo 367 do Código de Processo Penal estabelece que *"o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo"*.

No caso dos autos, o magistrado de origem determinou a intimação do recorrente no endereço por ele próprio fornecido nos autos, não tendo a oficial de justiça logrado êxito em notificá-lo apenas porque, tendo ciência da existência de mandado de prisão em seu desfavor por conta da sentença condenatória contra ele proferida, viajou, sem data para retorno, conforme certificado à fl. 357.

Assim, não se pode afirmar que o Juízo singular tenha ordenado a intimação do recorrente por edital sem que tenha buscado localizá-lo, uma vez que houve, sim, a prévia tentativa de sua cientificação pessoal acerca da sentença condenatória, que só fracassou porque ele não foi encontrado em sua residência nas três oportunidades em que lá esteve a servidora responsável pela implementação do ato.

Contudo, ainda que assim não fosse, e que se pudesse vislumbrar alguma eiva na intimação ficta do recorrente, o certo é que os causídicos responsáveis pela sua defesa não lograram demonstrar o prejuízo que teria sido por ele suportado com a implementação de sua notificação por meio de edital.

Quanto ao ponto, é imperioso frisar que, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

Sobre o tema, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida.

(...)

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.26/27).

A mesma orientação é adotada pela jurisprudência, a exemplo dos seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RITO PROCEDIMENTAL DA LEI N.º 10.409/02. CARACTERIZAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 114.536/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 57 DA LEI 11.343/06. NULIDADE DEPENDENTE DA DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DO PREJUÍZO. PROCESSO QUE OBEDECEU RIGOROSAMENTE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 DO CPP E DA SÚMULA 523/STF. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PARECER PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito do Processo Penal, não se deve declarar nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega (arts. 563 e 565 do CPP e Súmula 523/STF). Dessa forma, a inobservância do art. 57 da Lei 11.343/06, à luz de uma interpretação sistemática do capítulo das nulidades do CPP, não traduz nulidade absoluta.

2. O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - pas de nullité sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 03.02.06).

3. Os automatismos devem ser evitados em sede de Processo Penal. O que a Constituição reputa indispensável é que se garanta a todo cidadão processado criminalmente a oportunidade efetiva de se contrapor à acusação que lhe é feita.

(...)

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer do MPF. (HC 136.649/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 03/05/2010)

O Supremo Tribunal Federal compartilha o mesmo entendimento, leia-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. APURAÇÃO DE CRIMES CONEXOS. RITO ORDINÁRIO. ADOÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Para o reconhecimento da existência de nulidade absoluta, em razão da inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, torna-se necessária a demonstração do prejuízo causado pelo não oferecimento da defesa prévia. (...) III - Ordem denegada.

(HC 99748, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-03 PP-00452)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STF. ERRO MATERIAL NO NOME DO ACUSADO CORRIGIDO POR MEIO DE EMBRAGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 7. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155, minha relatoria, DJ 15.04.2005). (...) 10. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(RHC 97667, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00603)

Na hipótese em apreço, como visto, antes mesmo de se determinar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intimação ficta do recorrente, já havia nos autos a informação de que ele sabia da existência de sentença condenatória contra ele proferida, tanto que viajou para não ser preso, período durante o qual manteve contato com seu advogado, que estava adotando as medidas legais pertinentes para tentar revogar o mandado prisão contra ele expedido.

Ademais, a defesa técnica interpôs apelação em seu favor, ou seja, ele teve a oportunidade de se insurgir contra a decisão condenatória, já tendo o reclamo, inclusive, sido objeto de apreciação pela Corte *a quo*, ao qual foi dado parcial provimento para reduzir as penas que lhe foram impostas, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SUBMETER MENOR SOB VIGILÂNCIA A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. CONTRADITA. TESTEMUNHA. AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM HARMONIA COM OUTRAS PROVAS DOS AUTOS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CAUSA DE AUMENTO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXCLUSÃO. CONCURSO DE CRIMES. REGIMES DIFERENCIADOS. COMPATIBILIDADE. ESPÉCIES DISTINTAS DE PENA.

Afasta-se a preliminar de nulidade da sentença, quando a contradita de testemunha não é feita pelo advogado do réu imediatamente após a qualificação dela em audiência. Isso, porque se consumou a preclusão.

A palavra da vítima, em harmonia com o contexto fático extraído das outras provas produzidas em juízo, se mostra suficiente para fundamentar a condenação pela prática do crime de atentado violento ao pudor, porquanto este, normalmente, é cometido às ocultas.

Caracteriza-se o crime de submeter menor sob sua vigilância a vexame ou constrangimento, quando o obriga a assistir filmes pornográficos e a ingerir o esperma ejaculado pelo autor do delito, logo após masturbação.

A valoração negativa da culpabilidade somente ocorrerá, quando a censura social superar a normalmente atribuída ao crime perpetrado. Quando configurar majorante, esta deve ser valorada no momento apropriado da dosimetria.

Deve ser excluído o acréscimo decorrente das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências do crime, quando o Juiz não a valorou na dosimetria do crime do artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inviável é o afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, inciso II, do Código Penal, se resta evidenciado nos autos ser o apelante pai da vítima, porquanto o crime de atentado violento ao pudor foi praticado com habitualidade, inclusive na vigência da lei mais gravosa (Lei nº 11.106/2005), que incidirá no caso vertente.

Não havendo previsão legal de aumento de pena em razão da presunção de violência (artigo 224, alínea "a", do Código Penal), a eliminação do acréscimo é medida que se impõe.

É compatível a fixação, no concurso de crimes, de regimes diferenciados para o cumprimento das reprimendas de espécies distintas (reclusão e detenção).

Apelação parcialmente provida."

Por conseguinte, verifica-se que os objetivos almejados com a intimação do acusado sobre a sentença condenatória foram plenamente atingidos, já que ele pôde exercer sua autodefesa, comunicando-se com seu patrono sobre o conteúdo da citada decisão, e teve a oportunidade de contra ela se insurgir, interpondo os recursos cabíveis, não se podendo vislumbrar, assim, qualquer nulidade a contaminar o feito.

Irretrocável, portanto, o aresto objurgado, que consignou não haver "*motivo algum para a proclamação da nulidade ventilada*", já que "*o paciente tem inequívoca ciência da sentença condenatória*", tendo sua defesa técnica apresentado apelação, "*na qual suscita questões que vão desde a nulidade da sentença até a revisão da dosimetria*", existindo, ainda, "*pedido de absolvição por mais de um fundamento*", estando plenamente exercidos o contraditório e a ampla defesa (e-STJ fl. 549).

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0245395-3

RHC 31.277 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 113061 113061420118070000 20080110014383 20110020113061 20110020113061RED

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

RECORRENTE : A R DE S

ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ FIGUEIRA CARDOSO E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.