



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.088 - SP (2012/0158676-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MENÉSIO PINTO CUNHA JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO CORDEIRO EIRALE

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS PROCURADORES DO ESTADO NOMEADOS PARA PATROCINAR O PACIENTE QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EIVA ARGUIDA PELA DEFESA APÓS APROXIMADAMENTE SEIS ANOS DA INTIMAÇÃO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PECULIARIDADE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DA NULIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRETENDIDA.

1. A despeito de acarretar nulidade, por cerceamento de defesa, a intimação de defensor dativo procedida por meio de publicação na imprensa oficial para a sessão de julgamento de apelação criminal, pois a legislação processual penal confere ao profissional a prerrogativa da intimação pessoal (artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950 e artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal), há hipóteses peculiares em que a preclusão se torna óbice ao reconhecimento da eiva articulada. Precedentes.

2. Embora os defensores dativos que atuaram na defesa dos pacientes tenham sido intimados para a sessão de julgamento da apelação criminal por meio de publicação na Imprensa Oficial do Estado, da análise dos documentos que instruem o *writ* constata-se que eles foram pessoalmente intimados acerca do respectivo acórdão, não havendo o registro da interposição de qualquer recurso.

3. Assim, observa-se que a eiva somente veio a ser invocada em 1.8.2012, quando da impetração do presente *mandamus*, isto é, mais de seis anos após a ciência do acórdão proferido, o que importa no reconhecimento da preclusão.

CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/2. CULPABILIDADE ACENTUADA E CONSEQUÊNCIAS DOS DELITOS QUE JUSTIFICAM A ESCOLHA DA FRAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Tratando-se de dois homicídios qualificados, praticados pelo mesmo réu contra vítimas diferentes, mas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, incide a regra do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, e não do seu *caput*, pois cuida-se de crime continuado específico, aquele que atinge bens personalíssimos.

2. Tendo o órgão colegiado fundado o aumento de 1/2 na culpabilidade acentuada do paciente e nas graves consequências dos homicídios, não se pode acoimar de ilegal ou injustificada a escolha do *quantum* de elevação, já que é o próprio legislador que permite que o aumento, em casos de crime continuado específico, se dê até o triplo, e não na forma do *caput* do artigo 71 do Código Penal, observados apenas os limites que seriam alcançados em caso de concurso material, e o de 30 anos, estabelecido no artigo 75 do Estatuto Repressivo.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.088 - SP (2012/0158676-4)

IMPETRANTE : MENÉSIO PINTO CUNHA JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO CORDEIRO EIRALE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDUARDO CORDEIRO EIRALE, apontando como autoridade coatora a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n. 849.627.3/3-00 para reduzir a pena imposta ao paciente para 18 (dezoito) anos de reclusão, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, (duas) vezes, combinado com os artigos 29 e 71, todos do Código Penal.

Sustenta o impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a majoração em 1/2 (metade) da sanção aplicada em razão do reconhecimento da continuidade delitiva não teria sido fundamentada adequadamente pela Corte Estadual, que deveria ter adotado como critério para o aumento o número de infrações cometidas.

Alega, ainda, que o julgamento do recurso de apelação seria nulo em razão da ausência de intimação pessoal do advogado dativo do réu, nos termos dos artigos 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950 e 370, § 4º, do Código de Processo Penal, tendo o paciente sido prejudicado ante a impossibilidade de seu defensor realizar sustentação oral.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a nulidade apontada ou, subsidiariamente, pleiteia a diminuição da reprimenda imposta ao paciente.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 92.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ fls. 122/123), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 262/269, manifestou-se pela extinção do *writ* sem resolução do mérito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.088 - SP (2012/0158676-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do julgamento do recurso de apelação interposto em favor do paciente, ou a redução da reprimenda que lhe foi imposta.

Prefacialmente, cumpre assinalar que o pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o recurso especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de praticar duplo homicídio qualificado, extraíndo-se da peça vestibular os seguintes trechos:

*Consta dos inclusos autos que na madrugada de 09 de fevereiro de 2001, por volta das 02h30min, na Rua Francisco de Torres, nº 300, Bairro Liviedo, nesta cidade e comarca, o indiciado **EDUARDO CORDEIRO ETRALE**, vulgo '**Dudu**', qualificado a fls. 80/86, agindo em concurso com outras pessoas não identificadas, matou **José Avelino Irmão**, utilizando-se de dissimulação e de recurso que dificultou a defesa da vítima.*

*Consta, também, que no mesmo dia, horário e local, o indiciado **EDUARDO CORDEIRO IRALE**, vulgo '**Dudu**', qualificado a fls. 80/86, agindo em concurso com outras pessoas não identificadas, matou **José Avelino Sobrinho**, utilizando-se de recurso que dificultou a defesa da vítima.*

*Segundo se apurou, na data dos fatos, o indiciado e seus comparsas levaram a vítima **José Avelino Sobrinho** até a casa da vítima José Avelino Irmão, obrigando aquele a chamar este para que saísse de seu lar conjugal.*

*Quando a vítima **José Avelino Irmão** saiu de sua residência, atendendo ao chamado de **José Avelino Sobrinho**, foi cercado pelo indiciado e por seus comparsas, os quais, por motivos não suficientemente esclarecidos, passaram a efetuar diversos disparos de armas de fogo contra as vítimas, inclusive com uma espingarda de caça do calibre .12, de uso restrito e proibido pela lei, causando*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nas vítimas os ferimentos descritos nos laudos de exame de corpo de delito de fls. 99/100 e 102/103, que foram causas de suas mortes.

*O indiciado **EDUARDO CORDEIRO EIRALE**, vulgo '**Dudu**', concorreu para os crimes acima narrados, na medida em que também efetuou disparos de arma de fogo contra as vítimas, atingindo-as e contribuindo para suas mortes.*

Os crimes foram praticados mediante recursos que dificultaram as defesas das vítimas, tendo em vista que estas estavam desarmadas, enquanto que os indiciados estavam em número elevado de pessoas (cerca de dez pessoas, conforme depoimento de fls. 15/16), bem como porque efetuaram disparos com diversas armas de fogo de grosso calibre (calibre .12, 9mm e .38), conforme laudos necroscópicos de fls. 99/100 e 102/103, auto de apreensão de projéteis de fls. 08 e laudos periciais de fls. 58, 65/66 e 137/139.

*O indiciado e seus comparsas **utilizaram** de dissimulação com relação à vítima **José Avelino Irmão**, na medida em que obrigaram a **José Avelino Sobrinho** a chamar por **José Avelino Irmão** para que este saísse de sua casa, desarmado, onde foi alvejado por diversos disparos de arma de fogo.*

O indiciado foi reconhecido fotograficamente (fls. 32) e pessoalmente (fls. 79) como sendo um dos autores dos crimes." (e-STJ fls. 14/15).

Sobreveio sentença na qual o paciente foi condenado à pena de 36 (trinta e seis) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, como incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV (duas vezes), combinado com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal (e-STJ fls. 40/42).

Irresignada, a defesa apelou, tendo a Corte Estadual dado parcial provimento ao recurso para fixar a reprimenda que lhe foi imposta para 18 (dezoito) anos de reclusão, pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso IV, (duas) vezes, combinado com os artigos 29 e 71, todos do Código Penal (e-STJ fls. 74/86).

Inicialmente, no que se refere à alegada nulidade do julgamento do recurso de apelação interposto em favor do paciente, que teria sido realizado sem a prévia intimação pessoal dos defensores dativos, tem-se que a impetração não merece acolhida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se sabe, esta colenda Corte Superior de Justiça tem decidido que a ausência de intimação pessoal do defensor público ou dativo sobre a data do julgamento do recurso de apelação, a teor do disposto no § 4º artigo 370 do Código de Processo Penal e no artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, gera nulidade do processo:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. 5. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

(...)

3. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido de que, a teor do disposto no art. 5º, § 5º, da Lei n.º 1.060/1950, com a redação dada pela Lei n.º 7.871/1989, o defensor público, ou quem lhe faça as vezes, deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade.

4. No caso em apreço, as informações prestadas pelo Tribunal de origem atestam que o Defensor Público não foi intimado pessoalmente da pauta da sessão de julgamento do recurso interposto pela defesa.

5. Ordem não conhecida. Concessão de habeas corpus de ofício para declarar a nulidade do julgamento da Apelação n.º 0605373-49.1999.8.17.0001, e, conseqüentemente, do respectivo acórdão, a fim de que o referido recurso seja novamente julgado, agora, com a prévia intimação pessoal do defensor público da data da sessão de julgamento.

(HC 229.738/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 02/10/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2.º, INCISO II C.C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O julgamento do recurso realizado sem a intimação pessoal do defensor público, em flagrante desrespeito ao disposto nos arts. 44, inciso I, 89, inciso I e 128, inciso I, todos da Lei Complementar n.º 80/94, bem assim no art. 5º, § 5º, da Lei n.º 1.060/50, na redação dada pela Lei n.º 7.871/89 (STF, HC 97.797/PA, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 09/10/2009), impõe a decretação da nulidade absoluta do respectivo acórdão. Precedentes.

2. Ordem concedida para anular o julgamento do recurso em sentido estrito n.º 993.03.069932-8, realizado pela Quarta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que se proceda a novo julgamento, com a intimação pessoal do defensor público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 169.838/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012)

Entretanto, no caso vertente, verifica-se que a questão merece análise mais detalhada e diferenciada, porquanto, não obstante os defensores dativos que atuaram na defesa do paciente tenham sido intimados da sessão de julgamento da apelação criminal por meio de publicação na Imprensa Oficial do Estado, conforme informação prestada pela autoridade apontada como coatora (e-STJ fls. 123 e 249), da análise dos documentos que instruem o *writ*, constata-se que eles foram intimados pessoalmente acerca do respectivo acórdão, não havendo o registro da interposição de qualquer recurso em favor do acusado (e-STJ fl. 247).

Assim, observa-se que a eiva somente veio a ser invocada em 1.8.2012, quando da impetração do presente *mandamus*, isto é, mais de 6 (seis) anos após a ciência do acórdão proferido, o que importa no reconhecimento da preclusão.

Com efeito, os defensores encarregados de exercer a defesa dos pacientes em juízo, mesmo após terem sido intimados acerca do resultado do julgamento do recurso de apelação, quedaram-se silentes acerca da irregularidade ora apontada, deixando transcorrer período de aproximadamente 6 (seis) anos para, só então, vir a Defensoria Pública apontá-la, tencionando a anulação do trânsito em julgado e a repetição do julgamento da insurgência, conduta que afronta a segurança jurídica da qual são revestidas as decisões judiciais irrecorríveis.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"O instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa 'marcha adiante' e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com outro.

(...)

Da mesma maneira, a coisa julgada é motivo de convalidação de irregularidades não alegadas ou não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreciadas durante o iter procedimental, uma vez que a imutabilidade da sentença contra a qual não caibam mais recursos alcança também o seu antecedente, que são os atos processuais praticados no processo de conhecimento." (As nulidades no processo penal. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36-37.)

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal tem assim decidido:

EMENTA Habeas corpus. Processual Penal. Ausência de intimação do defensor público para a sessão de julgamento da apelação interposta, ocorrida em 16/4/98. Nulidade. Não ocorrência. Questão invocada, tão somente, por ocasião do habeas corpus impetrado ao Superior Tribunal de Justiça em 17/3/11. Decurso de lapso temporal superior a 13 (treze) anos. Preclusão da matéria. Precedentes. 1. Via de regra, o entendimento da Corte caminha no sentido de que "a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo para a sessão de julgamento é causa de nulidade" (HC nº 111.976/BA, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12/4/12). 2. Contudo, as circunstâncias do caso importam, na linha de precedentes, no reconhecimento da preclusão da matéria, pois, conforme se verifica, a alegada nulidade veio a ser invocada, tão somente, por ocasião do HC nº 200.029/SP impetrado ao Superior Tribunal de Justiça em 17/3/11, ou seja, mais de 13 (treze) anos após o julgamento do recurso apelação, ocorrido em 16/4/98. 3. Ordem denegada. (HC 110954, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA NÃO INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DO PACIENTE PARA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO. 1. Decorridos quase dois anos do trânsito em julgado do acórdão do recurso em sentido estrito da defesa, ocorreu a preclusão da alegada nulidade ocorrida nesse julgamento. Precedentes. 2. Ordem denegada. (HC 112360, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 17-05-2012 PUBLIC 18-05-2012)

Esta Corte não diverge do posicionamento ilustrado, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEFENSOR NOMEADO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INSURGÊNCIA APÓS DECORRIDOS QUASE NOVE ANOS. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. (...) HABEAS CORPUS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Conforme pacífica orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a partir da Lei n.º 9.271/96, a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da data do julgamento de recurso consubstancia nulidade processual, que mitiga o exercício do direito de defesa do réu.

2. É certo, porém, que a jurisprudência desta Corte abranda a declaração da vicissitude em foco, nas hipóteses em que a arguição se afigura, invariavelmente, fulminada pela preclusão.

3. A impetração questiona a ausência de intimação pessoal do defensor nomeado, passados quase 09 (nove) anos da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito. Evidencia-se, assim, a preclusão da matéria dado o longo período de inércia da Defesa. Precedentes.

(...)

11. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar a pena privativa de liberdade do Paciente em 16 (dezesesseis) anos e 11 (onze) meses de reclusão. Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar a imposição do regime integralmente fechado, permitindo-se ao Paciente a progressão de regime prisional.

(HC 186.911/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012)

HABEAS CORPUS. NULIDADE DA APELAÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO OU PÚBLICO. NULIDADE ARGUIDA APÓS MAIS DE SEIS ANOS DO JULGAMENTO. PRECLUSÃO.

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, os defensores públicos e dativos possuem a prerrogativa de intimação pessoal para o julgamento da apelação.

2. Entretanto, no caso presente, a referida nulidade somente foi arguida mais de seis anos após o julgamento, circunstância que faz incidir a preclusão da matéria, mormente considerando que a defensora pública foi intimada da data de sessão do julgamento através da imprensa oficial, bem como recebeu ciência pessoal do acórdão de apelação.

3. Ordem denegada.

(HC 237.721/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)

Assim, mesmo que incontroverso que os defensores dativos, na espécie, não tenham sido pessoalmente intimados da data da sessão de julgamento do recurso de apelação criminal interposto, a peculiaridade temporal verificada no caso não permite que se reconheça a nulidade do feito, pois a defesa se manteve inerte, porquanto não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentou, à época, qualquer inconformismo pelas vias adequadas, somente vindo a suscitar a eiva mais de 6 (seis) anos após a sua intimação sobre a decisão condenatória.

Melhor sorte não socorre o impetrante no que diz respeito à indigitada inadequação da fundamentação utilizada pela Corte *a quo* para aumentar a pena imposta ao paciente em razão do reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de homicídio pelos quais restou condenado.

A autoridade apontada como coatora, ao analisar a reprimenda cominada ao réu, assim se pronunciou:

*"Passo - portanto - a readequar a reprimenda.
Fixo a pena-base no piso da lei: 12 anos de reclusão, pois o apelante - primário - não ostenta maus antecedentes.
Em estágio intermediário, deixo de reconhecer circunstâncias agravantes ou atenuantes com reflexo concreto na dosimetria.
Na terceira fase - dada a continuidade delitiva - imprimo acréscimo do $\frac{1}{2}$ - além do mínimo - em decorrência das nefastas conseqüências dos crimes a impingir as famílias desoladas o flagelo irreparável do luto em sórdidos e verdadeiros abates, para tornar definitiva a sanção penal em 18 anos de reclusão." (e-STJ fl. 85).*

E assim decidindo, não se pode dizer que a Corte originária incidiu em constrangimento ilegal, pois o artigo 71, parágrafo único, do Código Penal prescreve que *"nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código"*.

Nesse contexto, e tendo o órgão colegiado motivado o aumento de 1/2 na culpabilidade acentuada do paciente e nas graves conseqüências dos delitos em apuração - assassinato de dois irmãos, praticado por vários agentes, que desfeririam inúmeros tiros nas vítimas, na frente dos familiares - não se pode acoimar de ilegal ou injustificada a escolha do *quantum* de elevação, já que é o próprio legislador que permite que o aumento, em casos de crime continuado específico, se dê até o triplo, e não na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma do *caput* do artigo 71 do Código Penal, observado apenas os limites que seriam alcançados em caso de concurso material, e o de 30 anos, estabelecido no artigo 75 do mesmo diploma legal.

A propósito, da doutrina de Julio Fabbrini Mirabete, retira-se:

"A lei nova, porém, como foi visto, possibilita a aplicação da pena até o triplo quando se tratar de crimes dolosos contra a vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Esse aumento será possível quando, em primeiro lugar, as condições circunstanciais o indicarem (culpabilidade, antecedentes, conduta social, etc.). O dispositivo está destinado, como se afirma na exposição de motivos, aos delinqüentes [...], de acentuada periculosidade, que devem ser distinguidos dos ocasionais. Em segundo lugar, não se poderá aplicar um aumento que supere a pena que seria aplicada em caso de concurso material (arts. 70, parágrafo único, c/c o art. 69). Por fim, o total da pena aplicada não pode ser superior a 30 anos, já que a unificação nesse hipótese é obrigatória (art. 75). Não se permite também aumento superior a dois terços nos crimes que, apesar de praticados com violência ou grave ameaça, tiveram como vítima sempre a mesma pessoa" (Manual de Direito Penal - Parte Geral - 24ª ed. Atlas: São Paulo, 2007, p. 329/330).

Em casos semelhantes, este Superior Tribunal assim já decidiu:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV (DUAS VEZES) E ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA NO DOBRO DA PENA APLICADA AO CRIME MAIS GRAVE. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS OBSERVADOS. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. PLEITO CONCEDIDO PELO E. TRIBUNAL A QUO. WRIT PREJUDICADO.

I - 'A continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, relaciona-se com os crimes continuados cometidos contra os bens personalíssimos, praticados dolosamente e com violência ou grave ameaça à pessoa, diferente da continuidade delitiva propriamente dita, prevista no seu caput, que cuida do tratamento jurídico penal relativo aos demais crimes praticados em continuidade delitiva.' (HC 69.779/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 18/06/2007).

II - Reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, nominada pela doutrina de crime continuado qualificado ou específico, a exacerbação da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime (Precedentes).

III - In casu, mostra-se acertada a decisão do e. Tribunal de origem ao afastar o concurso material de crimes e reconhecer a continuidade delitiva específica, na forma do art. 71, parágrafo único, do CP, aumentando a pena do crime mais grave imposta ao paciente até o dobro, por se tratar da prática de dois homicídios consumados e um homicídio tentado, contra vítimas diferentes e em circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, tendo sido reconhecido, como desfavoráveis, parte das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, considerando-se, ainda, o modo e motivo da execução do delito (à queima roupa e em razão de disputa por pontos de venda de drogas).

IV - No que se refere ao pleito de progressão de regime, verifico que tal pretensão restou atendida pelo e. Tribunal a quo, restando sem objeto, neste tópico, o presente writ.

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado. (HC 88.885/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2008, DJe 16/02/2009)

CRIMINAL. HC. ROUBOS QUALIFICADOS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO FIXADA NO DOBRO DA PENA ESTABELECIDA PARA O CRIME MAIS GRAVE. CRITÉRIOS. ANÁLISE DOS ASPECTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I. A continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, relaciona-se com os crimes continuados cometidos contra os bens personalíssimos, praticados dolosamente e com violência ou grave ameaça à pessoa, diferente da continuidade delitiva propriamente dita, prevista no seu caput, que cuida do tratamento jurídico penal relativo aos demais crimes praticados em continuidade delitiva.

II. Hipótese em que houve pluralidade delitiva de natureza dolosa e ofensa a vítimas diferentes, com emprego de violência, merecendo tratamento penal mais severo. Aplicabilidade da regra prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

III. O acréscimo não pode ser ilimitado, isto é, não pode superar a margem prevista para o concurso material de crimes, nem o limite de trinta anos de reclusão.

IV. No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no caput do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime.

V. O Julgador singular considerou que a pena deveria ser aumentada no triplo da sanção imposta para o delito mais grave, em virtude da periculosidade acentuada do réu, do dolo intenso e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de sua extrema ousadia, pois praticou os crimes contra instituições financeiras e contra várias vítimas, munido de armas de fogo de uso proibido.

VI. O Tribunal a quo entendeu que o acréscimo não poderia ser mantido no máximo previsto no art. 71, parágrafo único, do Estatuto Repressor, pois as circunstâncias judiciais não são totalmente desfavoráveis ao réu, mormente em face da sua primariedade, tendo esse sido reduzido para metade da pena do crime mais grave.

VII. Aspectos subjetivos que aliados com o número de infrações cometidas - cinco roubos - justificam a fixação do quantum do aumento no dobro da pena estabelecida para o delito mais grave.

VIII. Ordem denegada.

(HC 69.779/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 18/06/2007, p. 283)

Nesse passo, irretocável o aresto objurgado, já que, como constatado, devidamente justificada a fração utilizada para o aumento em razão do reconhecimento da continuidade delitiva específica.

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0158676-4

HC 250.088 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10492001 52010010493 8496273

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MENÉSIO PINTO CUNHA JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO CORDEIRO EIRALE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.