



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 148.066 - GO (2009/0183540-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : PEDRO PAULO GUERRA DE MEDEIROS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : FAUSTINO FRANCISCO REGES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). CITAÇÃO POR EDITAL. ALEGADO NÃO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS DISPONÍVEIS PARA LOCALIZAR O PACIENTE. ACUSADO DEFENDIDO POR ADVOGADO DATIVO. POSTERIOR PRISÃO E COMPARECIMENTO DO PACIENTE NO CARTÓRIO DO JUÍZO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Tendo o próprio paciente fornecido o seu endereço, no qual posteriormente não foi encontrado, e inexistindo nos autos quaisquer outros elementos que pudessem auxiliar na sua localização pelo Juízo, não se pode vislumbrar a nulidade da citação por edital, que foi implementada de acordo com os requisitos legais. Precedente.

2. A citação editalícia do paciente não lhe impediu de ser assistido por advogado de sua escolha, uma vez que, após ser preso, compareceu ao cartório do Juízo e foi cientificado do andamento da ação penal contra ele instaurada, não impugnando, em momento algum, a nomeação de defensor dativo para patrociná-lo, nem indicando advogado de sua preferência para fazê-lo.

CITAÇÃO EDITALÍCIA. APONTADA IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA REVELIA DO PACIENTE. INDIGITADA EIVA NO FEITO PELA AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL E DO CURSO DA PRESCRIÇÃO. NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO REALIZADA ANTES DO ADVENTO DA LEI 9.271/1996. MÁCULAS NÃO EVIDENCIADAS.

1. A Lei 9.271/1996, que deu nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Penal, impedindo que o réu fosse processado até o trânsito em julgado quando citado por edital, não se aplica ao processo em tela, uma vez que o delito atribuído ao paciente teria sido cometido no ano de 1992, e sua citação editalícia realizada em 1994, antes, portanto, da mencionada mudança legislativa, razão pela qual inexistente nulidade pelo prosseguimento do feito à revelia do acusado, tampouco pela inexistência de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

2. Tendo em conta que a Lei 9.271/1996 possui conteúdo misto, uma vez que trata da suspensão tanto do prazo prescricional (matéria penal) quanto do processo (matéria processual penal), a jurisprudência pacificou-se no sentido de que não pode ela retroagir, só sendo aplicável aos fatos criminosos cometidos após



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a sua vigência.

INDIGITADO EXCESSO DE LINGUAGEM NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. MÁCULA NÃO ALEGADA EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.

1. A eiva na sentença de pronúncia pelo indigitado excesso de linguagem, ora arguida na impetração, não foi suscitada em tempo algum pela defesa do paciente durante o curso do processo, que não interpôs recurso em sentido estrito contra a sentença provisional, não levantou a indigitada ilegalidade durante o julgamento em Plenário, nem a perquiriu por ocasião da apelação apresentada, de modo que, ausente a impugnação no momento oportuno, impõe-se o reconhecimento da preclusão do exame do tema. Precedentes.

AUSÊNCIA DE RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE SUBMETEU O PACIENTE A JULGAMENTO PELO PLENÁRIO DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Não configura nulidade por ausência de defesa o fato de o causídico nomeado para patrocinar o paciente não haver se insurgido contra a decisão de pronúncia, uma vez que os recursos caracterizam-se pela voluntariedade, não havendo como se impor a sua interposição pela parte.

2. Tendo o defensor dativo assistido o paciente durante toda a instrução criminal, com o oferecimento da defesa prévia, das alegações finais e do contrariedade ao libelo, além de representar o réu na sessão plenária de julgamento, com a interposição de recurso de apelação contra o édito condenatório, a simples ausência de insurgência contra a sentença de pronúncia, por si só, não reclama o reconhecimento de eventual nulidade por ausência de defesa.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM FACE DO RECONHECIMENTO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. SÚMULA 231 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus* somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. Não há falar em abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta quando a pena-base for fixada um pouco acima do mínimo legal em decorrência da valoração negativa da conduta social do réu e, posteriormente, reduzida em face do reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrido na espécie.

3. Embora presentes duas atenuantes - a da confissão espontânea e a da influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima -, não cabe ao magistrado sentenciante reduzir a pena do réu aquém do mínimo legalmente previsto em lei, em estrita observância ao enunciado na Súmula 231 deste Sodalício.

RECURSO DE APELAÇÃO. APONTADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO ACERCA DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. NOTIFICAÇÃO DO CAUSÍDICO NOMEADO PELA IMPRENSA OFICIAL. EIVA ARGUIDA PELA DEFESA APÓS APROXIMADAMENTE SEIS ANOS. PECULIARIDADE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DA NULIDADE PRETENDIDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não obstante acarrete nulidade, por vício processual, a intimação de defensor dativo procedida por meio de publicação na imprensa oficial para os atos do processo, pois a legislação processual penal confere àquele 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. Em que pese o defensor nomeado para defender o paciente tenha sido intimado da publicação do acórdão referente ao julgamento do recurso de apelação por meio do Diário de Justiça de 24.9.2003, da análise dos documentos que instruem o *writ*, constata-se que a nulidade somente veio a ser invocada em 30.07.2009, quando da impetração de *mandamus* perante a Corte de origem, isto é, vários anos após a publicação do aresto prolatado, o que importa no reconhecimento da preclusão.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 148.066 - GO (2009/0183540-8) (f)

IMPETRANTE : PEDRO PAULO GUERRA DE MEDEIROS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : FAUSTINO FRANCISCO REGES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de FAUSTINO FRANCISCO REGES, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, ao apreciar o HC n. 35906-9/217, não conheceu do *mandamus* no tocante à preliminar suscitada e, no mérito, denegou a ordem para afastar as nulidades arguidas e o apontado erro na dosimetria da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 930522264, da 14ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia.

Noticiam os autos que o paciente restou condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 68 (sessenta e oito) dias-multa, pela prática do delito disposto no artigo 121, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 65, inciso III, alíneas "c", última parte, e "d", ambos do Código Penal, tendo o édito repressivo sido confirmado pela Corte de origem no julgamento da Apelação Criminal n. 24099-9/213.

Alegam os impetrantes que o paciente é vítima de constrangimento ilegal, porquanto foi considerado revel e citado por edital sem que fossem esgotados todos os meios possíveis para se conseguir seu endereço, restando defendido por advogado nomeado pelo juízo, situação que evidencia a nulidade absoluta do processo, pois, segundo sustentam, deveriam ter sido suspensos tanto o feito quanto o prazo prescricional.

Buscam demonstrar, outrossim, que a sentença de pronúncia foi exarada com excesso de linguagem, uma vez que procedeu análise subjetiva dos indícios produzidos, expressando opinião acerca da prova, comprometendo, assim, a impessoalidade e a imparcialidade que deve orientar a decisão provisional, circunstância que teria influenciado o veredicto popular, argumentando, ainda, que não houve efetivo e amplo exercício da defesa do paciente, uma vez que o defensor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nomeado sequer recorreu da sentença provisional.

Asseveram que, não obstante tenha sido reconhecida a primariedade do paciente, o magistrado singular deixou de observar o disposto nos artigos 59 e 68 do diploma penal, acentuando que o mecanismo de aplicação foi mal utilizado, uma vez que valorou duplamente a censurabilidade da conduta, destacando que esta já havia sido ponderada quando do estabelecimento da cominação abstrata.

Aduzem, ainda, que embora o Conselho de Sentença tenha reconhecido a presença de uma circunstância atenuante e de uma causa especial de diminuição de pena, o Juízo de origem não teria considerado esta última ao proceder à dosimetria da reprimenda imposta ao paciente, devendo, portanto, ser refeita.

Informam, por fim, que a defesa dativa não foi pessoalmente intimada da publicação do acórdão que negou provimento à apelação interposta, em desacordo com o contido nos artigos 5º, inciso LV, da Carta Política Federal; 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950; e 370, § 4º, do Código de Processo Penal, restando caracterizada, dessa forma, a nulidade do trânsito em julgado da decisão, ante o flagrante cerceamento de defesa.

Requerem, assim, a concessão da ordem para que seja anulado, *ab initio*, o processo criminal em comento.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 439/440.

Prestadas as informações (fls. 445/446 e 469/471), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 459/467, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 148.066 - GO (2009/0183540-8) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do processo penal instaurado contra o paciente, pelos seguintes argumentos: a) ilegalidade de sua citação por edital; b) excesso de linguagem na decisão de pronúncia, que não foi objeto de irresignação pelo defensor dativo; c) equívoco na dosimetria da pena imposta; e c) falta de intimação pessoal do defensor nomeado acerca do acórdão que negou provimento à apelação interposta em favor do acusado.

Segundo consta dos autos, o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito de homicídio qualificado, extraíndo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

*"Por volta da 01:00 hora da madrugada do dia 5 de abril de 1992, à rua Eleodora Barbosa, em frente a Creche Capuava, **Faustino Francisco Reges** valendo-se de uma faca golpeou a vítima **Oscar Pereira Neto**, produzindo-lhe as lesões descritas na prova técnica de fls. 04/07, suficientes à produção de sua morte.*

*Consta que naquela noite o denunciado e sua amásia, **Janete de Fátima Ardigueire**, se embriagaram e desentenderam, tendo **Faustino** saído em direção a sua residência, notando que sua amásia o seguia escondeu-se atrás de uma árvore deixando que ela passasse em sua frente. Estando **Janete** já um pouco distante, o denunciado avistou-a conversando com a vítima e vislumbrou quando a mesma abraçara **Janete**. O denunciado ao ver aquela situação aproximou-se e sacou de uma faca que costumeiramente levava consigo e desferiu um golpe certo em **Oscar**.*

Em consequência do horário e do local em ocorrera o crime não existiram testemunhas outras que presenciaram o fato." (fls. 86/87).

Expedido mandado de citação do paciente, este não foi cumprido em razão de o acusado não mais residir no local indicado, e não haver notícias de sua então localização (fls. 113/114), motivo pelo qual se procedeu à notificação editalícia (fl. 118).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de Goiás ofertou defesa prévia (fl. 120) e, após a instrução processual, as partes apresentaram alegações finais (fls. 135/138 e 140/143), sobrevindo decisão de pronúncia na qual o paciente foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri pelo cometimento, em tese, do delito disposto no artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 145/147).

Por ocasião da sentença provisional, o magistrado, "*considerando que o acusado encontra-se em lugar incerto e não sabido*", decretou a sua segregação "*para assegurar a aplicação da lei penal*" (fl. 147).

Cumprido o mandado de prisão (fl. 154), o paciente foi requisitado pelo Juízo (fl. 156), oportunidade em que compareceu ao cartório, informou seu novo endereço e foi cientificado da decisão de pronúncia (fl. 158).

Realizado o julgamento em Plenário, o Conselho de Sentença reconheceu a autoria e a materialidade delitivas e rechaçou as teses defensivas da legítima defesa de terceiro e de homicídio privilegiado, considerando presentes, ainda, a qualificadora do motivo fútil e as atenuantes da confissão espontânea e da violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, tendo sido proferida, ao final, sentença pela qual o paciente foi condenado à pena 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 68 (sessenta e oito) dias-multa, pela prática do delito disposto no artigo 121, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 65, inciso III, alíneas "c", última parte, e "d", ambos do Código Penal (fls. 376/379).

Pois bem.

Inicialmente, no que diz respeito à apontada nulidade da citação por edital, que teria sido realizada sem que esgotados todos os meios de localização do paciente, tem-se que impetração não merece acolhida.

É cediço que é por meio do ato citatório que o acusado é chamado a integrar a relação processual, no seio da qual poderá usufruir de todas as garantias previstas na Constituição Federal para exercer o seu direito de defesa. Restando infrutífera a tentativa de sua localização nos endereços conhecidos, o legislador ordinário previu a utilização da chamada citação por edital, também conhecida por citação ficta, a fim de que o processo não fique eternamente paralisado à espera da voluntariedade do acusado em submeter-se à persecução penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em respeito à garantia da ampla defesa, deve-se proceder à tal modalidade de citação apenas quando esgotados todos os recursos disponíveis capazes de localizar o endereço do acusado. Todavia, não há 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, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese à época dos fatos, já que o mandado de citação foi dirigido ao endereço declinado pelo irmão do paciente.

Sobre o tema, confira-se lição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

"Por óbvio, não se exige a adoção incondicional da expressão local incerto e não sabido, como se se tratasse de fórmula sacramental. O que há de ser exigido é a referência expressa às providências adotadas pelo oficial de justiça, bem como a impossibilidade de prosseguimento das diligências, pelo desconhecimento do paradeiro do réu. Não se pode também exigir que sejam pesquisados todos os órgãos públicos que eventualmente possam apresentar mais informações sobre o acusado, havendo decisões, inclusive, em que se dispensa a consulta prévia à Justiça Eleitoral e ao Ministério do Trabalho (RT 531/289). É de se observar, porém, que a desnecessidade das apontadas diligências manifesta-se em hipóteses nas quais já existiam, nos autos do inquérito policial ou de procedimento administrativo investigatório, informações acerca do endereço e/ou do paradeiro do acusado, ainda que, posteriormente, essas informações não se revelem suficientes." (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 483)

No caso dos autos, ao ser inquirido na 16ª Delegacia Distrital de Goiânia/GO, o paciente, na presença de seu advogado, indicou seu endereço (fl. 106), o mesmo que constou do mandado de citação que não foi cumprido por não ter sido ele localizado (fls. 113/114).

Desse modo, tendo o próprio paciente fornecido o seu endereço, no qual posteriormente não foi encontrado, e inexistindo nos autos quaisquer outros elementos que pudessem auxiliar na sua localização pelo Juízo, não se pode vislumbrar a nulidade da citação por edital, que foi implementada de acordo com os requisitos legais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. (...) CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RÉU QUE SE ENCONTRAVA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. PACIENTE DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR NOMEADO DURANTE TODA A FASE COGNITIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

(...)

3. A citação por edital foi determinada pelo Juízo processante após esgotados os meios para a busca do Paciente, já que não havia outro endereço no processo em que pudesse ser encontrado.

4. O oficial de justiça compareceu ao endereço declinado nos autos e deixou de realizar a citação pessoal do réu para comparecer a audiência de interrogatório, uma vez que o ora Paciente se encontrava em lugar incerto e não sabido há mais de 03 (três) anos.

5. A citação editalícia não implicou em prejuízo à defesa do Paciente, porquanto, foi representado por defensor dativo ao longo de todo o processo, tendo este inclusive apresentado alegações finais, assegurando ao réu o exercício da ampla defesa.

6. Ordem parcialmente conhecida e nesta parte denegada.

(HC 106989/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 22/11/2010)

A par desse aspecto, há que se considerar que o paciente foi patrocinado no curso de toda a ação penal por membro da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de Goiás, que inclusive atuou em seu favor durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, inexistindo, assim, violação ao princípio da ampla defesa pelo fato de ter sido implementada citação por edital.

Quanto ao ponto, aliás, é imperioso assinalar que, ao contrário do que sustentado na inicial do *mandamus*, a citação editalícia do paciente não lhe impediu de ser assistido por advogado de sua escolha, uma vez que, após ser preso, compareceu ao cartório do Juízo e foi cientificado do andamento da ação penal contra ele instaurada, não impugnando, em momento algum, a nomeação de defensor dativo para patrociná-lo, nem indicando advogado de sua preferência para fazê-lo.

Em arremate, cumpre destacar que, conforme ressaltado alhures, após ser preso, o paciente compareceu ao cartório do Juízo, tendo indicado seu endereço e sido intimado da decisão de pronúncia, motivo pelo qual resta superada a alegação de nulidade de sua citação por edital.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, é este o entendimento pacífico deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. COMPARECIMENTO DO RÉU AO PROCESSO. (...) . ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. "A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la.

O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte." (Código de Processo Penal, artigo 570).

2. Não há falar em nulidade do feito por vício da citação editalícia, se o réu compareceu ao processo em momento oportuno, representado por advogado constituído, que apresentou regularmente defesa prévia, arrolou testemunhas, requereu diligências no curso do processo, atuou em toda a produção da prova oral e ofertou suas alegações finais.

(...)

4. Ordem parcialmente concedida.

(HC 21506/MS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2006, DJ 05/02/2007, p. 382)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PERDA DO OBJETO. (...).

1. Não há falar em vício consubstanciado na realização de citação editalícia, mesmo sem o exaurimento de todos os meios para a citação pessoal do réu, porquanto, in casu, restou sanado pelo seu comparecimento em juízo, bem como pela ausência de qualquer prejuízo advindo à sua ampla defesa.

(...)

3. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

(HC 26647/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 11/10/2004, p. 354)

No tocante à indigitada impossibilidade de decretação da revelia do paciente, e à suposta necessidade de se suspender o curso do processo e do prazo prescricional, razão também não assiste aos impetrantes.

É que a Lei 9.271/1996, que deu nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Penal, impedindo que o réu fosse processado até o trânsito em julgado quando citado por edital, não se aplica ao processo em tela, uma vez que o delito atribuído ao paciente teria sido cometido no ano de 1992, e sua citação editalícia realizada em 1994, antes, portanto, da mencionada mudança legislativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale frisar que, tendo em conta o fato de que a Lei 9.271/1996 possui conteúdo misto, já que trata da suspensão tanto da prescrição (penal) quanto do processo (processual penal), a jurisprudência pacificou-se no sentido de que não pode ela retroagir, só sendo aplicável aos fatos criminosos cometidos após a sua vigência.

Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FATO DELITUOSO OCORRIDO EM 1991. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NA NOVA REDAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.271/96. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. A nova redação do art. 366 do CPP, dada pela Lei 9.271/96, em vigor desde 18/6/96, não é passível de retroatividade, "uma vez que não se admite a cisão da referida norma que dispõe a respeito de regra de direito processual – suspensão do processo – e de direito material – suspensão da prescrição –, já que a aplicação desta importaria em prejuízo ao réu" (RHC 15.526/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 14/3/05).

3. Condenado o paciente pela prática de fato ocorrido em 2/1/91, por processo transitado em julgado em 17/3/94, não há falar em aplicação do disposto na nova redação do art. 366 do diploma penal adjetivo.

4. Ordem denegada.

(HC 115.131/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009)

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.271/96. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL.

I - A suspensão do processo, prevista no art. 366 do CPP (Lei nº 9.271/96), só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, razão pela qual é vedada a retroatividade. (Precedentes).

(...)

Ordem denegada.

(HC 98.512/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 18/08/2008)

Assim, à época em que ocorreu a citação editalícia do paciente, o artigo 366 do Código de Processo Penal permitia que o processo criminal corresse à revelia do acusado, nada dispondo acerca da suspensão do feito, tampouco do curso da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prescrição, não se vislumbrando, assim, as ilegalidades apontadas na inicial do *mandamus*.

No que se refere ao aventado excesso de linguagem contido na decisão de pronúncia, melhor sorte não socorre os impetrantes.

É que a mencionada mácula não foi suscitada em momento algum pela defesa do paciente durante o curso da ação, que não interpôs recurso em sentido estrito contra a sentença provisional, não levantou a indigitada ilegalidade durante o julgamento em Plenário, nem a perquiriu por ocasião da apelação apresentada.

Desse modo, não tendo sido a suposta nulidade da decisão de pronúncia por excesso de linguagem impugnada no momento oportuno, impõe-se o reconhecimento da preclusão do exame do tema.

Nessa esteira, veja-se o que tem consignado esta colenda Corte Superior:

PROCESSO PENAL. TENTATIVAS DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. QUESTÃO NÃO IMPUGNADA POR MEIO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E SUSCITADA TÃO SOMENTE NO PRESENTE WRIT. PRECLUSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DIREITO RECONHECIDO DE OFÍCIO.

1. É certo que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, não se sujeitando à preclusão. O vício alegado, todavia, qual seja, o excesso de linguagem na pronúncia, ao contrário do afirmado pelo impetrante, é de natureza relativa, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte.

2. Com efeito, eventuais vícios decorrentes da decisão de pronúncia devem ser argüidos no momento oportuno com a demonstração do prejuízo sofrido pela parte, e por meio de recurso próprio, eis que o art. 581 do Código de Processo Penal assevera ser cabível a interposição de recurso em sentido estrito contra tal provimento.

3. Dessarte, tendo transitado em julgado a condenação do ora paciente, sem que houvesse qualquer irresignação da defesa acerca da alegada nulidade até a impetração do presente habeas corpus, impõe-se o reconhecimento da preclusão.

4. Ainda que assim não fosse, da leitura da decisão impugnada não se pode extrair excesso de linguagem capaz de desvirtuar a parcialidade no julgamento pelo Júri, limitando-se o Juiz de primeiro grau a fundamentar sobre a existência do fato, indícios suficientes de autoria e das qualificadoras, fazendo referência aos elementos contidos nos autos, apenas para demonstrar a viabilidade da acusação sem emitir juízo de valor sobre as provas.

5. Habeas corpus denegado. Ordem concedida, de ofício, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformular o acórdão recorrido e afastar o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, reconhecendo-se o direito à progressão de regime prisional.

(HC 32.005/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008)

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – WRIT CONTRA DECISÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – NULIDADE NA PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM – AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO – PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO – MATÉRIA PRECLUSA – HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

2- Encontra-se preclusa a matéria referente à nulidade ocorrida na decisão de pronúncia e não alegada no momento oportuno, sobretudo por já se encontrar o processo em fase de execução de sentença.

3- Writ denegado.

(HC 84.452/RN, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2007, DJ 17/12/2007 p. 252)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE DIVERSAS NULIDADES. AUSÊNCIA DE ADVOGADO NO INQUÉRITO. EXCESSO DE LINGUAGEM NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA, A PRONÚNCIA E O LIBELO. INOVAÇÃO DA ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. As nulidades supostamente ocorridas após a pronúncia - excesso de linguagem na sentença de pronúncia e ausência de correlação entre a denúncia, a sentença de pronúncia e o libelo acusatório - deveriam ser alegadas logo após de anunciado o julgamento em plenário e apregoadas as partes, ex vi art. 571, inciso V do CPP, sob pena de preclusão.

3. Ainda que não se considerem preclusas as alegadas nulidades, in casu, o magistrado atentou-se aos limites de sobriedade impostos a fim de legitimar a segunda fase do processo e não há quebra de correlação entre a denúncia, a pronúncia e o libelo.

(...)

5. Ordem denegada, de acordo com o parecer do MPF.

(HC 50.270/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 550)

O Supremo Tribunal não discrepa desta orientação, leia-se:

EMENTA: PACIENTE CONDENADO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO, CONSISTENTE EM PRETENSOS EXCESSOS DE LINGUAGEM QUE TERIAM OCORRIDO NO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTENÇA DE PRONÚNCIA. Decisão que não foi impugnada pela defesa, no momento oportuno, não havendo a pretensa nulidade, de outra parte, sido suscitada na fase dos artigos 425 e 571, V, do CPP, nem durante o julgamento, cuja ata não contém nenhum registro da espécie. Recurso improvido.

(RHC 81927, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 20/08/2002, DJ 11-10-2002 PP-00035 EMENT VOL-02086-02 PP-00205)

Também não merece guarida a alegação de que não teria havido amplo e efetivo exercício da defesa do paciente, pois o advogado nomeado para patrociná-lo não teria interposto recurso em sentido estrito contra a sentença provisional.

Isso porque, de acordo a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, "*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

Acerca da nulidade por falta de defesa, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"Nessa linha - nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência - é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.

Assim, inúmeros julgados, sem indagar a respeito do prejuízo, reconhecem a nulidade absoluta em casos como: inépcia da denúncia ou queixa (STJ, HC 66.195-RJ, j. 26.08.2008); ausência ou irregularidade de citação, não sanadas pelo comparecimento do réu (TACrimSP, JTACrim 28/31, 44/75, 52/272 e 65/349; RT 489/380, STJ, HC 91.210-PR, j. 21.02.2008); colidência de defesas (RT 217/78, 302/447 e 357/375; RTJ 32/49 e 42/804, STF, HC 91.946-4-RJ, j. 11.12.2007); falta ou inépcia de alegações finais (RT 511/230; JTACrim 71/295); falta ou inépcia das razões de recurso (TACrimSP, Ap. 264491, in O processo constitucional em marcha).

(...)

Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, a, c, e, g, l, o, do CPP).

Em outros casos, porém, nos termos da Súmula 523 do STF, depende a nulidade da comprovação do prejuízo: assim ocorre com a falta ou inépcia das razões de recurso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a falta de prova do álibi referido pelo acusado, a ausência do curador (ver O processo constitucional em marcha, Acórdãos 59 e 68: TACrimSP, Ap. 264.491, Ap. 266.023, Ap. 318.713, Ap. 299.561, Ap. 315.087, Ap. 348.153-1, Ap. 342.389, Ap. 347.993-6, Ap. 271834 e Ap. 83.404).

(...)

É que, nesses casos, o vício ou inexistência de ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74/75).

Ora, o caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao *mandamus*, o paciente viu-se assistido por defensor dativo durante toda a instrução criminal e julgamento pelo Tribunal do Júri.

Observa-se que foram ofertadas defesa prévia (fl. 120), alegações finais (fls. 140/143) e contrariedade ao libelo (fl. 201), além de haver sido devidamente efetuada a defesa do paciente na sessão plenária realizada (fls. 280/282), tendo sido, ainda, interposto o respectivo recurso de apelação contra a sentença condenatória (fl. 293/300).

Portanto, a simples ausência de irresignação contra a decisão que pronunciou o paciente impede, por si só, que se reconheça a existência de nulidade por ausência de defesa, até mesmo porque os recursos caracterizam-se pela voluntariedade, não havendo como se impor a sua interposição pela parte.

Sobre o tema, é uníssono o entendimento neste egrégio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR DEFICIÊNCIA TÉCNICA PELA NÃO-OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AUSÊNCIA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS NA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. O fato de o advogado não ter oposto embargos de declaração não implica ausência de defesa, pois, se a própria interposição do recurso voluntário representa faculdade relacionada a um juízo discricionário seu, não há por que lhe condicionar o conteúdo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máxime tratando-se de instrumento impróprio para a inovação de teses ainda não enfrentadas pelo juízo.

2. Não se verifica deficiência na defesa técnica quando há defensor constituído, que corretamente representa o réu durante toda a fase de instrução (Súmula 523 do STF).

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 102.307/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 03/11/2008)

RHC. ROUBO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RÉUS INTIMADOS DA SENTENÇA, ASSIM COMO SEU DEFENSOR – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO PRAZO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – DEFESA TÉCNICA SATISFATÓRIA-AUSÊNCIA DE RECURSO QUE NÃO EQUIVALE A AUSÊNCIA DE DEFESA – VOLUNTARIEDADE DO RECURSO . RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

A ausência de recurso não constitui falta de defesa, posto que o recurso é voluntário, podendo ou não os réus ou o seu defensor interpô-lo.

(...)

Negado provimento ao recurso.

(RHC 21.148/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 287)

Na mesma esteira são os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RÉUS E DEFENSOR CONSTITUÍDO REGULARMENTE INTIMADOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DO MANDADO DE INTIMAÇÃO DE SENTENÇA SER ACOMPANHADO DE TERMO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Os réus e o defensor constituído foram regularmente intimados da sentença penal condenatória. 2. A não interposição de apelação não equivale à ausência de defesa, porquanto o defensor constituído ofereceu embargos de declaração à sentença penal condenatória em tempo hábil. Ausência de recurso que se situa no âmbito da estratégia de defesa delineada pelo defensor constituído, dada a voluntariedade recursal. 3. Não há qualquer dispositivo legal que determine a necessidade de o mandado de intimação de sentença condenatória ser acompanhado de um termo de apelação. Ausência de constrangimento ilegal. 4. Negado provimento ao writ.

(HC 93120, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 08/04/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-03 PP-00604)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: - "Habeas corpus". Não-ocorrência de ausência ou de deficiência de defesa. - Inexistência, no caso, de ausência de defesa, uma vez que ela foi produzida, não se tendo provado que, por deficiência dela em face das circunstâncias, tenha sido o ora paciente prejudicado (súmula 523), - A jurisprudência desta Corte, de há muito e reiteradamente, tem entendido (a título de exemplo, no RE criminal 89.965, RHC's 59.765, 59.888, 61.716, 66.032, HC's 58.696 e 70.725) que a Defensoria Pública, devidamente intimada, não tem o dever de recorrer, dada a regra da voluntariedade do recurso. "Habeas corpus" indeferido. (HC 82053, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 20/08/2002, DJ 13-09-2002 PP-00083 EMENT VOL-02082-02 PP-00296)

Desta forma, quedando-se os impetrantes em demonstrar qual teria sido o prejuízo suportado pelo paciente em razão da conduta adotada pelo advogado que exercia a sua defesa em juízo, deve ser afastada a alegada nulidade do processo por deficiência de defesa.

Por derradeiro, deve-se ressaltar que o próprio paciente tomou ciência da decisão de pronúncia e não manifestou contra ela qualquer inconformismo, conforme se depreende da certidão de fl. 158, o que reforça a inexistência de coação ilegal no ponto.

Quanto ao suscitado equívoco na aplicação da pena imposta ao paciente, cumpre esclarecer que *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n. 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21.2.2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base, ao contrário do que sustentado na impetração, foi fixada um pouco acima do mínimo legal em decorrência da valoração negativa de sua conduta social, tendo sido reduzida em face do reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da violenta emoção provocada por ato injusto da vítima.

Para melhor análise da questão, cumpre destacar o trecho de sentença condenatória em que o juiz singular fixou a reprimenda do paciente, *verbis*:

"Em razão da condenação, passo a dosar a pena a ser imposta ao réu, tomando como base as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

A culpabilidade ou juízo de censurabilidade vê-se evidenciada, eis que, o réu era plenamente imputável quando da prática da conduta lhe atribuída; tinha conhecimento de seu caráter ilícito e, nas circunstâncias, apesar de conflituosas, lhe era exigível que tivesse havido de modo diverso, isto é, em conformidade com o ordenamento jurídico e regras de convivência social. Na avaliação da culpabilidade há de ser sopesada a intensidade do dolo ou consciência e vontade na realização do crime. Sob esse aspecto, deve ser considerado não ter o réu agido premeditadamente, mas no ímpeto de situação plenamente propícia. Além disso, desferiu ele apenas um golpe contra a vítima, que deixou o local andando, quando, caso assim quisesse, pelo que se colhe dos autos, poderia inclusive tê-la golpeado por mais vezes.

O réu é primário e de bons antecedentes. O documento de fls. 91 evidencia ter sido ele alvo de um inquérito policial, em 1987, por lesão corporal culposa, e outro em 1985, por lesão corporal simples, no Distrito Federal, sem que se saiba, se pelo menos, resultou em processo judicial, não dá base para se emitir um juízo de reprovabilidade quanto aos seus antecedentes. Ora, não evidencia o documento se esses instrumentos de investigação renderam base, ao menos, para o oferecimento de denúncia. Ao longo dos seus 49 anos de idade, o fato, objeto do presente processo, é o único delituoso que efetivamente pesa contra sua pessoa. Assim, não pode ser tido de personalidade voltada para o crime.

As circunstâncias do fato não podem ser havidas para um juízo maior de reprovabilidade da conduta pelo réu praticada. O crime foi praticado em situação de evidente estado anímico, quando a vítima, sua desconhecida, altas horas da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

madrugada, assediava, e, até, agarrava sua amásia ou amante. Ademais, esta chegou a advertir, conforme se colhe de seu depoimento, que a vítima a deixasse e corresse.

Quando à vida social, trata-se o réu de pessoa trabalhadora, de boa convivência com os demais de seu ciclo. Sobre esse aspecto, o único senão que contra o mesmo pode e deve ser levado em conta é o fato de, mesmo sendo casado e pai de família, achar-se envolvido em relacionamento extraconjugal, situação que, inclusive, foi a causa do lamentável fato.

A vítima acabou por dar sua parcela de contribuição para o trágico desfecho, em razão de ter assediado a amante, mesmo ante a aproximação do acusado e advertência desta.

Com relação às conseqüências, apesar da morte da vítima, avalio-as como natural para o fato. Além da morte, nada traz s autos, em matéria de decorrência outras. A morte, nesse caso, não é conseqüência do crime, mas elemento indissociável de sua existência.

*Face a todo o exposto, fixo a pena-base em doze anos e seis meses de reclusão. Diminuo-a em seis meses, nos termos do art. 65, inc. III, letras 'c' (última parte) e 'd', do C. Penal, tornando-a definitiva em **doze anos de reclusão**, pena que avalio como suficiente para a reprovação do crime e prevenção especial e geral." (fls. 377/378).*

Dessa forma, fixada a pena-base do paciente um pouco acima no mínimo legal em face da sua conduta social, e sendo reduzida em 6 (seis) meses em função do reconhecimento de duas circunstâncias atenuantes, não é possível acolher as teses de que o Juízo teria valorado duplamente a censurabilidade da conduta e deixado de considerar causa de diminuição de pena reconhecida pelo Conselho de Sentença, impondo-se, por conseguinte, a denegação da ordem.

Nessa ordem de ideias, deve-se ressaltar que, ao contrário do que consignado na inicial do *writ*, os jurados não reconheceram a presença de uma agravante e de uma causa especial de diminuição de pena em favor do paciente, mas sim a existência de duas circunstâncias agravantes.

A propósito, confira-se o seguinte trecho do édito repressivo:

"O Conselho de Sentença, por unanimidade, reconheceu a autoria e a materialidade do fato. Por maioria, rechaçou as teses defensivas da legítima defesa de terceiro e do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

homicídio privilegiado. Também, por maioria, reconheceu a qualificadora do motivo fútil e a atenuante relativa à influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. À unanimidade, reconheceu a atenuante da confissão espontânea." (fl. 376).

E, estando presentes duas atenuantes - a da confissão espontânea e a da influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima-, o certo é que o magistrado sentenciante não poderia reduzir a pena do paciente aquém do mínimo legalmente previsto em lei, em estrita observância ao enunciado na Súmula 231 deste Sodalício, que assim dispõe:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Aliás, ensina a doutrina que *"as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais, 2008. p. 427).

Destaque-se que este entendimento foi recentemente reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida:

EMENTA : AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.
(RE 597270 RG-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Correta, portanto, a aplicação da reprimenda empreendida pelo Juízo singular, e confirmada pela Corte *a quo*, já que tendo sido fixada a pena-base em 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a incidência das duas atenuantes reconhecidas pelo Júri não poderiam reduzir a sanção para aquém dos 12 (doze) anos de reclusão, mínimo legal previsto para o delito de homicídio qualificado, atribuído ao paciente pelo Conselho de Sentença.

Finalmente, no tocante à apontada nulidade da certificação do trânsito em julgado da condenação ante a ausência de intimação pessoal do defensor dativo acerca da publicação do acórdão referente ao julgamento do recurso de apelação interposto, a impetração não merece guarida.

Sobre o assunto em análise, esta Turma tem decidido que a ausência de intimação pessoal do defensor dativo para todos os atos do processo, a teor do disposto nos artigos 370 do Código de Processo Penal e da Lei 1.060/1950, gera nulidade do processo, leia-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PAUTA DE JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEFENSORES DATIVOS. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Reconhece-se a nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, se evidenciado que não houve a prévia intimação pessoal do defensor dativo.

II. O mandado de intimação do defensor dativo não cumprido não afasta a alegação de nulidade absoluta do julgamento.

III. Configuração de constrangimento ilegal que autoriza a concessão de habeas corpus, para determinar a anulação do julgamento do recurso em sentido estrito, a fim de que outro acórdão seja proferido, com a observância da prévia intimação pessoal dos defensores dativos do recorrente.

IV. Ordem concedida.

(HC 191.718/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 16/05/2011)

PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFENSOR DATIVO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.

1. A intimação pessoal do defensor dativo é exigência legal que gera nulidade caso não realizada a tempo. Na hipótese, uma vez indicado o nome do profissional para a defesa dativa e constando o patrocínio no decorrer do processo, desde o interrogatório, era se esperar que o advogado nomeado fosse intimado pessoalmente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pauta de julgamento do recurso em sentido estrito, razão por que se reconhece a nulidade do acórdão respectivo.

2. Ordem concedida em parte para anular o julgamento do recurso em sentido estrito e, em consequência, de ofício, conceder a liberdade provisória, em face da prisão em flagrante ocorrida em novembro de 2005.

(HC 82.766/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010)

Entretanto, na hipótese vertente, verifica-se que a questão merece análise mais detalhada e diferenciada, porquanto, não obstante o advogado nomeado que atuou na defesa do paciente tenha sido intimado da publicação do acórdão referente ao julgamento do recurso de apelação por meio do Diário de Justiça de 24.9.2003 (fl. 341), da análise dos documentos que instruem o *writ*, constata-se que a nulidade somente veio a ser invocada em 30.07.2009, quando da impetração de *mandamus* perante a Corte de origem, isto é, vários anos após a publicação do aresto prolatado, o que importa no reconhecimento da preclusão.

Constata-se, portanto, que a defesa ficou-se silente acerca da irregularidade ora apontada, deixando transcorrer período aproximado de 6 (seis) anos para, só então, 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 irreversíveis.

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 apreciadas durante o iter procedimental, uma vez que a imutabilidade da sentença contra a qual não caibam mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 recentemente consignou:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SESSÃO DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. POSTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, constatado, como no caso, o "trânsito em julgado da condenação, não há porque declarar a nulidade da ação penal por falta de intimação pessoal do defensor dativo da pauta de julgamento da apelação perante o Tribunal de Justiça" (HC 86.128, rel. min. Gilmar Mendes, DJe-074 de 25.04.2008). Isso porque a "jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a matéria relativa à nulidade processual torna-se definitiva com o trânsito em julgado da condenação". Ademais, a "publicação da pauta de julgamento na imprensa oficial" afasta a presunção da ocorrência de prejuízo (HC 86.128, rel. min. Gilmar Mendes, DJe-074 de 25.04.2008). Tal entendimento foi confirmado no julgamento do HC 95.641 (rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.07.2009), no qual esta Corte decidiu que a "alegação de eventual nulidade decorridos mais de quatorze anos do trânsito em julgado da condenação importa no reconhecimento da preclusão" (HC 95.641, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.07.2009). Ordem denegada.

(HC 96777, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-02 PP-00310)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO QUANTO À DATA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. (...) ORDEM DENEGADA. I - A falta de intimação da defensoria quanto à data de julgamento da apelação gera apenas nulidade relativa. II - A alegação de eventual nulidade decorridos mais de quatorze anos do trânsito em julgado da condenação importa no reconhecimento da preclusão. (...) V - Ordem denegada.

(HC 95641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-03 PP-00560 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 394-401)

E ainda, também do Pretório Excelso:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO. DEFENSOR DATIVO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECLUSÃO. PRECEDENTES 1. A impetração busca a declaração da nulidade da ação penal que culminou com a condenação do paciente, sob alegação de ausência de intimação pessoal de defensor dativo para a sessão de julgamento do recurso em sentido estrito. 2. O trânsito em julgado do recurso em sentido estrito ocorreu há oito anos. 3. O recurso da sentença de pronúncia e o recurso de apelação foram interpostos pelo mesmo defensor dativo, que nada argüiu quanto à existência da nulidade ou do eventual prejuízo suportado. 4. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, e encontrando-se o feito já em execução penal, está preclusa a matéria relativa à nulidade ocorrida. Precedentes. 5. Ordem indeferida.

(HC 89709, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-106 DIVULG 20-09-2007 PUBLIC 21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00043 EMENT VOL-02290-02 PP-00274 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 537-540)

Esta Corte não diverge do posicionamento ilustrado, senão vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTIMAÇÃO DA DATA DE SESSÃO DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. DEFENSOR DATIVO. CIÊNCIA PELA IMPRENSA OFICIAL. POSTERIOR CIÊNCIA DO ACÓRDÃO. SILÊNCIO. ONZE ANOS. PRECLUSÃO.

1. A intimação de defensor dativo da data de sessão de julgamento de apelação pela Imprensa Oficial, seguida de ciência do causídico do acórdão, sem qualquer recurso, por mais de onze anos, enseja a preclusão da arguição da nulidade. In casu, o defensor dativo declarou-se, no requerimento de arbitramento de honorários, ciente do acórdão por publicação no Diário Oficial do Estado.

2. Ordem denegada.

(HC 155.951/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2010, DJe 14/06/2010)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO DA PAUTA DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE SUSCITADA MAIS DE 1 ANO APÓS A INTIMAÇÃO PESSOAL DO RESULTADO DO ACÓRDÃO. PRECLUSÃO. (...) PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não se desconhece que, a teor dos arts. 50., § 50. da Lei 1.060/50 (acrescido pela Lei 7.871/89), 370, § 40. do CPP e 128 da LC 80/94, é prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa.

2. Todavia, consoante jurisprudência pacífica deste STJ e do Pretório Excelso, considera-se convalidada a nulidade pelo instituto da preclusão, quando o Defensor Dativo silencia-se por mais de 1 ano acerca da ausência de intimação pessoal da pauta de julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. *Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.
(HC 101.703/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO,
QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 15/12/2009)*

Assim, mesmo que incontroverso que, na espécie, o defensor nomeado não foi pessoalmente intimado da publicação do acórdão relativo ao julgamento da apelação interposta, a peculiaridade temporal verificada no caso não permite que se reconheça a nulidade do feito, pois a defesa manteve-se inerte, porquanto não apresentou, à época, qualquer inconformismo pelas vias adequadas, somente vindo a suscitar a eiva aproximadamente 6 (seis) anos após a prolação do aresto proferido.

Nessas hipóteses, conforme ilustram os precedentes jurisprudenciais, não há que se acolher a pretensão de nulidade.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0183540-8

HC 148.066 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200903147720 359069

EM MESA

JULGADO: 21/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALOÍSIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PEDRO PAULO GUERRA DE MEDEIROS E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

PACIENTE : FAUSTINO FRANCISCO REGES (PRESO)

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, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.