



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.377 - SP (2012/0029439-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : BRUNO HADDAD GALVÃO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIANE APARECIDA PENA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE ABSOLUTA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A ausência de intimação pessoal do defensor público ou dativo da sessão de julgamento do recurso de apelação torna nulo o acórdão proferido, por cerceamento de defesa. Precedentes.

2. Não se pode exigir que a intimação do defensor público seja feita por mandado na pessoa do mesmo membro oficiante na causa. Configura-se razoável, para fins de intimação pessoal, proceder-se à inequívoca ciência da Defensoria Pública, por intermédio de ofício ou mandado, devidamente recebido, competindo à instituição organizar a atuação de seus membros, sob pena de burocratizar o processo, em total desrespeito à efetividade e celeridade da Justiça.

3. Nos termos da LC n. 80/1994 e em observância ao princípio da indivisibilidade, os membros da Defensoria Pública não se vinculam aos processos nos quais oficiam, podendo ser substituídos uns pelos outros.

4. *In casu*, depreende-se dos autos que a Defensoria Pública foi intimada pessoalmente da sessão de julgamento do apelo defensivo, em 13/6/2011, inexistindo, assim, a alegada nulidade absoluta do julgado.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 23 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.377 - SP (2012/0029439-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de **Daiane Aparecida Pena**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de São José do Rio Preto/SP (Processo n. 576.01.2010.002293-5 - Controle n. 106/10 - fls. 17/23) condenou a paciente pela prática do fato típico descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 - *posse de entorpecente para uso próprio* -, à pena de advertência sobre os efeitos da droga.

O Ministério Público interpôs o Recurso de Apelação n. 0002293-15.2010.8.26.0576, objetivando a condenação da acusada por tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), nos exatos termos constantes da denúncia. O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial, fixando a pena da paciente em 5 anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional inicial fechado, mais pagamento de 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, determinando a expedição de mandado de prisão. Esta, a ementa (fl. 58):

Lei de Tóxicos (n. 11.343/06). Tráfico. Desclassificação na origem para o crime de posse de entorpecentes para consumo próprio. Apelo ministerial. Procedência. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento, diversidade e quantidade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias dos Policiais Militares responsáveis pela prisão. Versão exculpatória inverossímil. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apelo ministerial provido, com expedição de mandados de prisão.

Impetrado, então, o presente *habeas corpus*, alega o impetrante, em suma, que, *sem a prévia e pessoal intimação do defensor público atuante em favor do paciente para ciência da data em que se realizaria a sessão de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo, a Corte impetrada, julgando recurso de apelação ventilado pela acusação, decidiu, por maioria, da provimento ao apelo acusatório (fl. 1).

Ao final, requer liminarmente a suspensão dos efeitos do acórdão ora impugnado e, no mérito, o reconhecimento da nulidade do feito, a partir da sessão plenária do julgamento do recurso de apelação, determinando-se a realização de outro, observados os trâmites legais, com prévia intimação pessoal do defensor público.

Requisitadas as informações antes da apreciação da medida liminar (fls. 83/84), foram elas devidamente prestadas às fls. 96/98, acompanhadas de documentos atinentes à espécie (fls. 99/159).

Às fls. 162/163, indeferi a liminar.

Informações complementares às fls. 171/174.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 177/185):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DEVIDAMENTE COMPROVADA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI ANTITÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PACIENTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL CARCERÁRIO. DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO PENAL (ART. 33) QUE SE LIMITAM ÀS INFRAÇÕES PENAS COMUNS, MENOS GRAVES. NORMA EXPRESSA INTRODUTIDA PELA LEI N. 11.464/07 QUE, ALTERANDO A REDAÇÃO DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8072/90, ESTABELECE O REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA OS CRIMES HEDIONDOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. PLEITO DE *SURSIS*. IMPOSSIBILIDADE LEGAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.377 - SP (2012/0029439-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Anoto, *ab initio*, que o acórdão ora impugnado foi julgado em **28/6/2011** (fls. 57/65), ou seja, *anteriormente à nova orientação jurisprudencial no sentido do não cabimento de habeas corpus como substitutivo de recurso ordinário*, razão pela qual, sob esse prisma, será então apreciado.

Por meio deste *habeas corpus*, o impetrante pretende, em síntese, a anulação do acórdão objurgado, sob o argumento da ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública, atuante na defesa da paciente.

A irresignação não merece prosperar.

Da leitura das peças que acompanham o *mandamus* infere-se que a paciente foi condenada nos autos da Ação Penal n. 576.01.2010.002293-5 (Controle n. 106/10), da 3ª Vara Criminal da comarca de São José do Rio Preto/SP, como incurso no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 - *posse de entorpecentes para uso próprio*.

Contra essa decisão o Ministério Público interpôs o Recurso de Apelação Criminal n. 0002293-15.2010.8.26.0576 (fls. 57/65), tendo a Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão de julgamento realizada em 28/6/2011, à unanimidade, dado provimento ao reclamo, o que deu azo ao presente *mandamus*.

No que diz respeito ao tema em análise, esta Turma tem decidido que a ausência de intimação pessoal do defensor público ou dativo da data do julgamento do recurso de apelação, a teor do disposto nos arts. 370, § 4º, do Código de Processo Penal e 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, gera nulidade do processo; leia-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. APELAÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. **Acarreta nulidade, por cerceamento de defesa, a ausência de intimação pessoal do defensor público ou dativo para a sessão de julgamento da apelação criminal, prerrogativa que lhe é conferida pela legislação processual penal (art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50 e art. 370, § 4.º, do CPP).**

2. Ordem concedida para anular o julgamento da Apelação Criminal n.º 9040165-39.2000.8.26.0000, devendo outro ser realizado com a observância da necessária intimação pessoal prévia da Defensoria Pública, agora responsável pela defesa do paciente.

(HC n. 227.133/SP, Quinta Turma, Ministro Jorge Mussi, DJe 3/5/2012 – grifo nosso)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO OU DATIVO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. OCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. **A falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da sessão de julgamento do recurso de apelação torna nulo o acórdão proferido, por cerceamento de defesa. Precedentes.**

2. *In casu*, depreende-se dos autos que a Defensoria Pública foi intimada pessoalmente da sessão de julgamento do apelo defensivo, inexistindo, assim, a alegada nulidade absoluta do julgado.

3. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.

4. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 234.609/SP, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/6/2012 – grifo nosso)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - DEFENSOR PÚBLICO QUE FOI INJUSTAMENTE IMPEDIDO DE FAZER SUSTENTAÇÃO ORAL, POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PÚBLICO - CONFIGURAÇÃO DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO JULGAMENTO - PEDIDO DEFERIDO.

- A sustentação oral – que traduz prerrogativa jurídica de essencial importância - compõe o estatuto constitucional do direito de defesa. A injusta frustração desse direito, por falta de intimação pessoal do Defensor Público para a sessão de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, afeta, em sua própria substância, o princípio constitucional da amplitude de defesa. O cerceamento do exercício dessa prerrogativa - que constitui uma das projeções concretizadoras do direito de defesa - enseja, quando configurado, a própria invalidação do julgamento realizado pelo Tribunal, em função da carga irrecusável de prejuízo que lhe é ínsita. Precedentes do STF.

(HC n. 97.797/PA, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 9/10/2009 – grifo nosso)

Contudo, na hipótese dos autos, não se verifica a arguida nulidade.

Ao contrário do alegado na impetração, extrai-se das informações prestadas pelo Tribunal de origem que (fl. 172):

[...] o Defensor Público do Núcleo de Segunda Instância foi intimado pessoalmente da inclusão da Apelação n. 0002293-15.2010.8.26.0576 na pauta da sessão de julgamento do dia 28 de junho de 2011.

[...]

Assim, a Defensoria Pública, em **13/6/2011** (fl. 173), na pessoa do Defensor Público Pedro Giberti – Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores –, foi devidamente intimada da sessão de julgamento do referido recurso, o que afasta a alegada violação do exercício da ampla defesa.

Ressalta-se, ademais, que não é necessário que a intimação do defensor público seja feita por mandado na pessoa do mesmo membro oficiante na causa, conforme já se manifestou essa Corte:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONCUSSÃO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. JULGAMENTO. INTIMAÇÃO. REALIZAÇÃO. PESSOA DO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE.

1. Não se pode exigir que a intimação do Defensor Público seja feita por mandado na pessoa do mesmo membro oficiante na causa. Configura-se razoável, para fins de intimação pessoal, proceder-se à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inequívoca ciência da Defensoria Pública, por intermédio de ofício ou mandado, devidamente recebido, competindo à Instituição organizar a atuação de seus membros, sob pena de burocratizar o processo, em total desrespeito a efetividade e celeridade da Justiça.

2. Conquanto não tenha sido feita a intimação diretamente ao Defensor oficiante no caso, procedeu-se à intimação do próprio Defensor Público-Geral. Tal circunstância elide a apontada nulidade, por ausência de intimação pessoal, porquanto devidamente respeitadas as prerrogativas inerentes ao cargo.

3. Nos termos da Lei Complementar nº 80/94 e em observância ao princípio da indivisibilidade, os membros da Defensoria Pública não se vinculam aos processos nos quais oficiam, podendo ser substituídos uns pelos outros.

4. Ordem denegada. Cassada a liminar.

(HC n. 43.629/AP, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, DJe 31/8/2009)

Inexiste, portanto, ilegalidade a ser sanada na via do *writ*.

Ante o exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0029439-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 233377 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1062010 22931520108260576

EM MESA

JULGADO: 23/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO HADDAD GALVÃO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIANE APARECIDA PENA
CORRÉU : SÉRGIO BENEDITO DE OLIVEIRA CHAGAS

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.