



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.374 - SP (2014/0248543-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JEAN CARLOS CONFORTIN
ADVOGADO : JEAN CARLOS CONFORTIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ AFONSO BUORSCHTEIT (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU. NÃO CABIMENTO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. NECESSIDADE. NULIDADE ABSOLUTA. CERCEAMENTO DE DEFESA EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DE DROGA. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. "O art. 392 do CPP impõe a obrigatoriedade da intimação pessoal do réu apenas na hipótese de sentença condenatória e não do acórdão proferido em sede de apelação, sendo que, em segunda instância, apenas é devida a intimação pessoal do defensor público ou dativo, conforme a dicção do § 4º do art. 370 do mesmo diploma legal" (STJ, HC 177.475/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 28/05/2012). Precedentes.

3. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência de intimação pessoal do Defensor Público ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no art. 370 do CPP e do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é causa de nulidade.

4. *In casu*, constatada que não foi realizada a intimação pessoal do Defensor dativo acerca do acórdão condenatório, nula a certidão de trânsito em julgado da condenação, devendo ser realizada nova intimação com a reabertura do prazo recursal e, ainda, expedido alvará de soltura em favor do paciente ante o restabelecimento do *status quo ante* – direito de aguardar solto o trânsito em julgado da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Contudo, inviável a modificação do regime inicial, pois fixada a pena-base acima do mínimo legal pela grande quantidade de droga apreendida em poder do paciente – seis toneladas de maconha – situação apta a justificar o modo mais gravoso de execução a despeito da reprimenda definitiva ter sido estabelecida abaixo de 8 (oito) anos de reclusão.

7. **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a certidão de trânsito em julgado da condenação,** devendo-se proceder à nova intimação quando ao teor do acórdão condenatório, agora, mediante publicação no Diário da Justiça Eletrônico por estar o paciente, atualmente, representado por advogado constituído. Expeça-se alvará de soltura.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.374 - SP (2014/0248543-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JEAN CARLOS CONFORTIN
ADVOGADO : JEAN CARLOS CONFORTIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ AFONSO BUORSCHIEIT (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ AFONSO BUORSCHIEIT, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 990.09.282.012-5).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito de tráfico de drogas (fls. 7/8).

Após regular instrução criminal, foi o réu absolvido por insuficiência probatória em relação à autoria delitiva (fls. 9/13).

Inconformado, o Ministério Público apelou, tendo o Tribunal de origem dado provimento ao recurso, para condená-lo, nos termos da denúncia, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa (fls. 14/21).

Transitada em julgado a sentença condenatória, foi o paciente preso para cumprimento da sanção penal.

Daí o presente *habeas corpus*, no qual a defesa sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa, eis que o réu não teria sido pessoalmente intimado quanto ao acórdão condenatório, assim como não teria sido o seu defensor dativo intimado pessoalmente.

Alega, ainda, equívoco na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista ser o paciente primário e a reprimenda fixada entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, o que justifica a aplicação do modo semiaberto.

Pugna, liminarmente, e no mérito, seja cassado o trânsito em julgado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão condenatório, a fim de que se proceda a intimação pessoal do Paciente e de seu defensor dativo, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa. Subsidiariamente, requer a fixação do modo semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 30/32.

Informações prestadas às e-STJ fls. 40/62.

Parecer do Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 66/70).

Petição juntada às e-STJ fl. 74, solicitando prioridade na tramitação do *mandamus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.374 - SP (2014/0248543-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, reitero que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, o presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição à ação de revisão criminal. Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus*. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A defesa objetiva a anulação do trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente por não ter sido ele e nem seu defensor dativo intimados pessoalmente quanto ao acórdão que reformou a sentença absolutória, bem como pela modificação do regime inicial para o semiaberto.

As informações prestadas pela Corte de origem atestam que o paciente e seu defensor dativo foram intimados, quanto ao acórdão condenatório, por meio de publicação disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 21/2/2014 (e-STJ fl. 41).

No que se refere à necessidade de intimação pessoal do réu quanto ao acórdão condenatório, o *writ* não comporta conhecimento.

De fato, "o art. 392 do CPP impõe a obrigatoriedade da intimação pessoal do réu apenas na hipótese de sentença condenatória e não do acórdão proferido em sede de apelação, sendo que, **em segunda instância, apenas é devida a intimação pessoal do defensor público ou dativo, conforme a dicção do § 4º do art. 370 do mesmo diploma legal**" (STJ, HC 177.475/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28/05/2012).

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA AOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. CONTRARRAZÕES AO APELO MINISTERIAL OFERTADAS PLEITEANDO A MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR. PREJUÍZO INEXISTENTE. EIVA NÃO CONFIGURADA.

1. Consolidou-se no âmbito desta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que a intimação pessoal do acusado é indispensável apenas sobre o teor da sentença condenatória proferida no primeiro grau de jurisdição, obrigatoriedade que não se verifica com relação aos acórdãos proferidos pelos Tribunais pátrios, cuja publicidade de satisfaz com a publicação do seu teor na Imprensa Oficial em nome do defensor do acusado, ou mediante intimação pessoal, caso se trate de defensor público ou dativo.

2. A falta de intimação pessoal do acusado acerca da sentença absolutória não é causa de nulidade processual, mormente quando a defesa toma ciência inequívoca do seu teor e pugna pela sua manutenção nas contrarrazões ao recurso interposto pelo Ministério Público.

3. Aplicação da regra contida no artigo 563 do Código de Processo Penal.

DEFESA EXERCIDA POR PROFISSIONAIS INDICADOS PELO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO PACIENTE. EQUIPARAÇÃO AOS ADVOGADOS DATIVOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O fato da defesa ter sido exercida por advogados indicados pelo sindicato da categoria profissional não tem o condão de equipará-los aos defensores dativos, pois estes são nomeados em juízo quando o acusado declara que não possui patrono constituído, para que se garanta a indispensável defesa técnica.

2. Os patronos do paciente foram constituídos de acordo com a livre vontade deste, e exerceram os seus ofícios a contento, sustentando as teses que, dentro de uma infinidade de alegações possíveis, lhes pareciam mais condizentes com as necessidades defensivas.

PLURALIDADE DE ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. EXCLUSIVIDADE DE INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO. ATOS COMUNICADOS A PROFISSIONAIS DIVERSOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Embora as intimações acerca dos atos do processo tenham sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dirigidas, na sua maioria, ao advogado originariamente constituído, não acarreta nulidade a intimação feita a outro patrono com iguais poderes no exercício da defesa do paciente, mormente na ausência de notícia de eventual requerimento para que as intimações fossem realizadas apenas em nome de um deles.

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MAGISTRADO QUE SUGERE A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO, MAS NÃO A OPERA EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO. CUNHO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O fato do magistrado singular ter sugerido que a conduta narrada na exordial não configuraria o delito de tortura, mas o de abuso de autoridade, por si só, não pode ser qualificado como um preceito condenatório, tendo em vista que não foi operada a desclassificação do delito, pois este último já teria sido alcançado pelo instituto da prescrição.

2. Trata-se de sentença exclusivamente absolutória, já que as causas de extinção da punibilidade dão ensejo até mesmo ao término prematuro da ação penal, nos termos do artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal.

3. Ordem denegada.

(HC 220.138/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 03/12/2012)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. DESNECESSIDADE EM SEGUNDO GRAU. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELO DEFENSOR. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus substitutivo de revisão criminal.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição à revisão criminal. Precedentes.

3. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a intimação pessoal a que se refere o art. 392 do Código de Processo Penal só é exigível quando se tratar de condenação proferida em primeiro grau de jurisdição. Tratando-se de decisão proferida pelo Tribunal, a intimação do réu se aperfeiçoa com a publicação do acórdão no órgão oficial de imprensa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

4. *Em face do princípio da voluntariedade dos recursos, previsto no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, o defensor, seja ele constituído ou dativo, devidamente intimado, não está obrigado a recorrer.*

5. *Writ não conhecido" (STJ, HC 260.397/TO, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 26/03/2013).*

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. INFORMAÇÕES DANDO CONTA DA INTIMAÇÃO POR MEIO DE DIÁRIO OFICIAL. INTEIRO DO ACÓRDÃO. DESNECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO.

NULIDADE INOCORRENTE.

1. *Sendo a defesa patrocinada por advogado constituído, a intimação deve ser feita por meio da imprensa oficial, a teor do que dispõe o art. 392 do CPP. A intimação pessoal é prerrogativa deferida apenas a defensores públicos ou dativos.*

2. *No caso dos autos, segundo informações prestadas pela Corte estadual, o advogado constituído foi regularmente intimado por meio de publicação no Diário Oficial, não havendo falar em cerceamento de defesa.*

3. *Não constitui ofensa ao direito de defesa do paciente o fato de não ter sido publicado o inteiro teor do acórdão de apelação, se a ementa do julgado foi devidamente disponibilizada, incumbindo ao próprio advogado constituído procurar junto ao Tribunal competente, ou via internet, o conteúdo integral do voto proferido.*
Precedentes.

4. *Ordem denegada" (STJ, HC 218.525/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 06/02/2013).*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIMES DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO DOS AUTOS COM A CÓPIA DAS RAZÕES RECURSAIS, QUE SE REPUTAM GENÉRICAS E DESFUNDAMENTADAS. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL, DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DO RÉU, DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO.

DESNECESSIDADE, EM SEGUNDO GRAU. ART. 392 DO CPP. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Hipótese em que o paciente - condenado como incurso nos arts.

121, § 2º, incisos I e III, e 211, ambos do Código Penal - alega a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, ao argumento de que as razões recursais de apelação, apresentadas pela defesa técnica, com fulcro no art. 593, III, d, do CPP, são genéricas e mal fundamentadas, inviabilizando o exercício da ampla defesa, e que o seu defensor constituído não teria sido intimado, pessoalmente, do acórdão.

VI. A ausência de instrução dos autos com a cópia das razões recursais - que também não constaram das informações prestadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Tribunal a quo -, impede a verificação de eventual deficiência da defesa técnica.

VII. Ademais, não houve a demonstração do efetivo prejuízo suportado pelo paciente, que não logrou indicar a prova, a tese ou o meio processual que deixaram de ser submetidos à apreciação do Tribunal a quo, em face da alegada atuação ineficiente do seu defensor constituído, razão pela qual não há que se falar na pretendida nulidade, incidindo, pois, o princípio pas de nullité sans grief.

VIII. A intimação do acórdão, ao defensor constituído pelo réu, faz-se por meio de publicação na imprensa oficial - o que o próprio impetrante informa que ocorreu -, constituindo a intimação pessoal prerrogativa deferida apenas aos defensores públicos ou dativos (art. 370, § 4º, do CPP). Precedentes.

IX. Consoante orientação jurisprudencial, "o art. 392 do CPP impõe a obrigatoriedade da intimação pessoal do réu apenas na hipótese de sentença condenatória e não do acórdão proferido em sede de apelação, sendo que, em segunda instância, apenas é devida a intimação pessoal do defensor público ou dativo, conforme a dicção do § 4º do art. 370 do mesmo diploma legal" (STJ, HC 177.475/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 28/05/2012).

X. Habeas corpus não conhecido.

(HC 130.598/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013)

Logo, não há nulidade pela intimação do paciente quanto ao teor do acórdão condenatório via imprensa oficial.

Contudo, verifico nos autos nulidade absoluta pela ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto ao acórdão condenatório, pois, conforme informações constantes às e-STJ fls. 40/41 e prestadas pela Corte de origem, o respectivo causídico nomeado foi intimado por publicação no Diário da Justiça Eletrônico do dia 22/2/2014.

É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é causa de nulidade.

Logo, o art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, determina a intimação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoal do defensor dativo, acerca do acórdão de apelação, sob pena de nulidade do feito, por violação ao postulado da ampla defesa.

A corroborar este raciocínio, trago à colação os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. PRISÃO DECORRENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, gera, via de regra, a sua nulidade", uma vez que cerceado o direito de defesa da parte (HC 288.517/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/5/2014).

IV - No presente caso, extrai-se das informações prestadas pelo eg. Tribunal a quo que o defensor dativo não foi intimado pessoalmente acerca da sessão de julgamento do recurso de apelação, uma vez que referido ato foi realizado por meio de publicação no Diário da Justiça Eletrônico, revelando, portanto, nulidade quanto à prerrogativa de intimação pessoal do defensor dativo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Considerando que o paciente encontra-se cumprindo pena em razão do trânsito em julgado do acórdão condenatório, a nulidade deste implica em nulidade da prisão, subsistindo a sentença absolutória até ulterior julgamento do recurso de apelação (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a sessão de julgamento realizada no dia 7.02.2012, pela col. Quinta Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da Apelação Criminal nº 1.0090.10.002620-3/001, devendo o réu, ora paciente, ser submetido a novo julgamento da apelação criminal interposta, após regular intimação pessoal do defensor dativo, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau.

(HC 318.053/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 20/05/2015)

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL. JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO SEM A PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. NULIDADE CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, por imperativo legal, a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa; que, se alegada em tempo oportuno, enseja a realização de novo julgamento, tal como ocorre na hipótese dos autos.

2. Habeas corpus concedido para declarar a nulidade do julgamento da Apelação Criminal n. 0500106-56.2010.8.26.0000, e, conseqüentemente, do respectivo acórdão, a fim de que o referido recurso seja novamente julgado, agora, com a prévia intimação pessoal da Defensoria Pública da data da sessão de julgamento. (HC n. 288.531/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 21/5/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU QUANTO AO RESULTADO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA. DEFENSOR CONSTITUÍDO REGULARMENTE INTIMADO. ATO PRESCINDÍVEL. NULIDADE NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE RECURSAL PREVISTO NO ART. 574 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. Esta Corte tem entendido que, em segundo grau de jurisdição, a prerrogativa da intimação pessoal restringe-se ao Ministério Público e, se for o caso, ao Defensor Público ou Dativo. Na hipótese, porém, quando da realização da sessão de julgamento pelo Tribunal de Justiça, o Paciente era defendido por advogado constituído, razão pela qual a intimação realizada mediante publicação na imprensa oficial é legal.

5. Em face do princípio da voluntariedade dos recursos, previsto no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, cabe à Defesa a análise da conveniência e oportunidade de eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida. (HC n. 278.499/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 26/2/2014)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE DE RURÍCOLA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. NÃO INSURGÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL E DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, QUANDO REALIZADA A INTIMAÇÃO PESSOAL DE ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. É prerrogativa do Defensor Público a intimação pessoal de todos os atos do processo, nos termos dos arts. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, e 128, I, da Lei Complementar 80/94, constituindo nulidade, em regra, por cerceamento do direito de defesa, a sua inobservância. Contudo, a jurisprudência do STF e do STJ orienta-se pela preclusão da matéria, se a irregularidade vem a ser arguida tempos após. Precedentes do STF e do STJ.

[...] (AgRg no REsp n. 800.549/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 28/2/2014)

PROCESSUAL PENAL. PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO COLEGIADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. ART. 370, § 4º DO CPP. INOCORRÊNCIA. INÉRCIA DA DEFESA.

PRECLUSÃO TEMPORAL. TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. A leitura do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, recomenda a intimação pessoal do defensor dativo, acerca do acórdão de apelação, sob pena de nulidade do feito, por violação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao postulado da ampla defesa. Precedentes.

II. Na hipótese, o juízo singular certificou que o defensor do réu foi intimado, pessoalmente, para ciência do acórdão, mas não se manifestou nos autos, ocorrendo a imutabilidade processual do decreto condenatório.

III. Ainda que se alegasse a extemporaneidade do trânsito em julgado, a Defesa, apesar de intimada quanto ao resultado do julgamento colegiado, não se insurgiu quando lhe coube pronunciar nos autos, operando-se a preclusão temporal do seu inconformismo.

IV. Recurso desprovido.

(RHC 28.851/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 08/02/2012)

Assim, não tendo sido o defensor dativo intimado pessoalmente acerca do teor do acórdão condenatório, nula é a certidão de trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente, pois realizada em desconformidade com os preceitos legais correlatos. Contudo, por estar o paciente assistido, agora, por defensor constituído, deverá a nova publicação ocorrer mediante publicação no Diário da Justiça Eletrônico com a consequente reabertura do prazo recursal.

Igualmente, deve o paciente ser colocado em liberdade, pois, conforme se constata dos autos, o mesmo se encontra preso para execução definitiva da pena a si imposta, tendo o acórdão, quando da reforma da sentença absolutória, assegurado ao réu o direito de aguardar, solto, o trânsito em julgado da condenação (e-STJ fl. 21). Logo, diante da nulidade do trânsito em julgado da condenação, restabelece-se o *status quo ante* do paciente – direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado de sua condenação, sem prejuízo de decretação de prisão cautelar, caso necessário, pelas instâncias ordinárias.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. RÉU ASSISTIDO POR DEFENSOR DATIVO. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR ACERCA DE ACÓRDÃO ESTRANHO AOS AUTOS DA APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVIDENCIADA. ACÓRDÃO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA.

[...]

2. A falta de intimação pessoal do defensor designado para assistir o paciente durante a ação penal, do resultado do julgamento do recurso de apelação, consubstancia nulidade processual que mitiga o exercício do direito de ampla defesa do réu, pelo que se faz necessária a realização de nova intimação, oportunizando-se-lhe a interposição de recurso. Precedentes.

3. Se o Paciente, absolvido por sentença proferida em 12/04/1999, permaneceu em liberdade até a expedição do mandado de prisão em 18/07/2008, ocorrida por força do acórdão condenatório, e, não tendo sido demonstrada a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tem o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação. Precedente.

4. Ordem parcialmente concedida para, anulada a intimação da Defesa acerca do acórdão condenatório, seja afastado o trânsito em julgado da condenação, determinando-se a realização de nova intimação, com a consequente reabertura do prazo recursal, assegurando-se, ainda, ao Paciente, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação" (HC 120.482/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita vaz, DJe de 23/8/2010 - grifei).

Passo, pois, ao exame da tese defensiva de modificação do regime inicial, eis que a despeito da nulidade da certidão de trânsito em julgado da condenação, o pedido não se encontra prejudicado por permanecer hígido os termos do acórdão condenatório.

Da leitura do acórdão condenatório, constato que o regime inicial foi fixado com fundamento na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e pela natureza interestadual do delitivo, motivos inidôneos para respaldar o estabelecimento do modo de execução.

Em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção desta Corte, conforme segue:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,37G DE COCAÍNA E 2,54G DE CRACK. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, sendo o réu primário e a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 4 (quatro) anos, pode cumpri-la em regime aberto ou tê-la substituída por restritiva de direito, desde que as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis e insignificante a quantidade de drogas apreendidas [4,34g de cocaína e 2,4g de crack] (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015; HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015; AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para: a) estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena; b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observadas as condições que deverão ser estabelecidas pelo Juízo da execução. (HC 321.664/SP, Rel. Ministro NEWTON



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.546/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 3/8/2015).

Igualmente, a interestadualidade do delito não é suficiente, por si só, para justificar o estabelecimento do regime inicial fechado, por ser ínsito ao reconhecimento da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei n. 11.343/06.

Dessa forma, na espécie, verifico que o Tribunal de origem, quando da imposição do regime fechado, não o fez mediante fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Não obstante, inviável, no caso, a modificação do regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois, conforme se atesta do acórdão recorrido, a despeito da pena imposta ao paciente ter restado definitiva em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, constato que sua pena-base foi firmada acima do mínimo legal pela quantidade de droga apreendida em poder do réu – 6 (seis) toneladas de maconha –, situação que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, impõe a manutenção do modo mais gravoso de execução.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. ELEVADA QUANTIDADE DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO.

MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, a gravidade concreta do crime, evidenciada pela expressiva quantidade de droga apreendida - 1 kg de maconha -, justifica a imposição do modo prisional fechado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 346.673/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

Ante o exposto, não conheço da impetração. **Concedo, contudo, a ordem de ofício para anular o trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente nos autos da Apelação Criminal n. 990.09.282.012-5, devendo-se proceder à nova intimação do defensor do paciente, agora mediante publicação no Diário da Justiça Eletrônico por estar, atualmente, assistido por advogado constituído, devendo-se, por conseguinte,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expedir o respectivo alvará de soltura em favor do paciente nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0248543-4

HC 305.374 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12912008 990092820125

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEAN CARLOS CONFORTIN
ADVOGADO : JEAN CARLOS CONFORTIN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ AFONSO BUORSCHKEIT (PRESO)

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

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.