



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.917 - BA (2012/0087397-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MAURÍCIO VASCONCELOS E OUTROS
ADVOGADO : MAURÍCIO VASCONCELOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : ROBERTO DA SILVA JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. PUBLICAÇÃO EM NOME DO ANTIGO ADVOGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO.

1. Nos termos do artigo 370, § 1.º, do Código de Processo Penal, a intimação do defensor constituído é feita por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado.

2. Constatando-se que na publicação da pauta da sessão de julgamento do apelo defensivo constou o nome do causídico constituído para o exercício da defesa do paciente que havia substabelecido sem reservas os poderes a ele conferidos, configurado está o cerceamento de defesa alegado na impetração.

PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA AO DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para se concluir pela ilegalidade da prisão cautelar, em razão de suposto excesso de prazo para o julgamento da apelação, seria necessária a análise de documentos que atestassem a data em que foi proferida a sentença condenatória e a data em que foi distribuído o recurso de apelação, não se podendo aferir a existência do alegado constrangimento ilegal na documentação que instrui o presente *mandamus*.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

3. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.917 - BA (2012/0087397-0)

IMPETRANTE : MAURÍCIO VASCONCELOS E OUTROS
ADVOGADO : MAURÍCIO VASCONCELOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : ROBERTO DA SILVA JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROBERTO DA SILVA JÚNIOR, condenado à pena de 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no julgamento da Apelação n.º 0001210-29.2010.805.0032-0.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que as publicações da pauta da sessão de julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa e do respectivo acórdão teriam sido realizadas no nome do antigo advogado do paciente, que havia substabelecido sem reservas para outros causídicos.

Alegam, ainda, que estaria configurado excesso de prazo no julgamento do apelo defensivo.

Requerem, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, e, no mérito, pugnam pela anulação do julgamento da Apelação n.º 0001210-29.2010.805.0032-0.

A liminar foi indeferida às fls. 25/26.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 39/40.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 50/54, opinou pelo parcial conhecimento do *writ* e, nessa extensão, pela sua concessão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.917 - BA (2012/0087397-0)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal a *quo* negou provimento.

No presente *writ*, os impetrantes alegam a nulidade do julgamento do recurso defensivo, uma vez que as publicações da respectiva pauta e do acórdão se deram em nome do antigo advogado do paciente, que havia substabelecido sem reservas de poderes.

A autoridade apontada como coatora, nas informações prestadas à fl. 40, esclareceu que “de fato, a publicação da pauta do julgamento da referida apelação criminal, a qual fora improvida, foi feita na pessoa do antigo advogado do apelante, ora paciente, embora conste dos autos substabelecimento, sem reservas (fls. 266/267), ao advogado que impetrou o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça”.

Diante do teor da informação prestada pelo Sodalício de origem, tem-se por configurada a nulidade pleiteada.

Como se sabe, nos termos do artigo 370, § 1.º, do Código de Processo Penal, a intimação do defensor constituído é feita por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado.

Sobre o tema, eis a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Quando o advogado é contratado por parte interessada, seja esta o acusado, querelante ou a vítima, funcionando como assistente, é natural que tenha a estrutura necessária para acompanhar as intimações pelo Diário Oficial, como, aliás, ocorre em qualquer processo da área cível. Por isso, a lei autoriza a intimação por essa forma. Há a ressalva, no entanto, de que o nome do causídico deve necessariamente constar da publicação, sob pena de nulidade, o que nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parece óbvio. (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 679.)

Tais providências se destinam a dar ampla publicidade aos atos jurisdicionais praticados, possibilitando que as partes possam administrar a forma de atuação na defesa dos seus interesses.

Na hipótese dos autos, a pauta da sessão de julgamento do recurso de apelação defensivo tornou-se pública por meio do Diário do Judiciário Eletrônico do dia 14.3.2012, tendo constado da publicação o nome e inscrição na OAB do antigo advogado constituído pelo paciente – Francisco da Silva Nader –, que havia substabelecido sem reservas ao advogado Maurício Vasconcelos (fl. 35).

No que diz respeito ao tema em análise, esta Turma tem decidido que a ausência de intimação do defensor constituído pelo acusado sobre a data do julgamento do recurso de apelação, a teor do disposto no art. 370, § 1.º, do Código de Processo Penal, gera nulidade do processo, tendo em vista que a ausência de publicidade do ato viola o princípio da ampla defesa, leia-se:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É firme o entendimento desta Corte de Justiça no sentido de que configura cerceamento de defesa, ensejando nulidade absoluta, a ausência de intimação do defensor constituído do réu para a sessão de julgamento da apelação.

2. No caso dos autos, verifica-se que na publicação da pauta de julgamento constou, equivocadamente, o nome do advogado José Augusto Gabina de Oliveira, quando o correto seria Luzimar Almada Viana, patrono que, à época, atuava em proveito do paciente.

3. Considerando que foi assegurado ao paciente na sentença o recurso em liberdade, mostra-se razoável que ele aguarde nessa situação o novo julgamento.

4. Diante do exposto, em consonância com o parecer do douto Ministério Público Federal, concedo o habeas corpus para anular o julgamento do recurso de apelação nº 036123/2009, determinando a sua renovação, com a observância de prévia e correta intimação do defensor constituído, devendo o paciente aguardar em liberdade o novo julgamento, se por outro motivo não estiver preso. (HC 190.523/MA, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APELAÇÃO JULGADA. INTIMAÇÕES REALIZADAS EM NOME DE ADVOGADO DIVERSO. EQUÍVOCO DO JUÍZO. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. NULIDADE DO JULGAMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Hipótese em que a apelação foi cadastrada em nome de causídico diverso do constituído pelo paciente, não sendo a Defesa intimada para o julgamento do recurso, tampouco cientificada do respectivo acórdão, certificando-se o trânsito em julgado, por equívoco.

2. "É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em habeas corpus" (Súmula nº 431/STF).

3. Embora a Defesa só pretenda a anulação da certidão de trânsito em julgado, urge reconhecer, de ofício, a nulidade do julgamento do recurso de apelação, ante a incorreta publicação da respectiva pauta, em atenção ao princípio da ampla defesa.

4. Ordem concedida, inclusive de ofício, para anular o julgamento da apelação determinando a sua renovação, observada a prévia intimação do correto defensor do paciente. (HC 92.988/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 06/09/2010.)

Sobre o assunto, inclusive, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado sumular n.º 431, que dispõe que *"é nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em 'habeas corpus', consoante se observa dos seguintes julgados da Corte Suprema:*

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO E DO CONTEÚDO DECISÓRIO. ADVOGADO CONSTITUÍDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. NOVO JULGAMENTO.

I - A ausência de intimação do advogado constituído para a sessão do julgamento e da decisão proferida gera sua nulidade, impondo-se novo pronunciamento judicial.

II- Ordem concedida. (HC 89108, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 25-08-2006 PP-00054 EMENT VOL-02244-03 PP-00610.)

Não diverge o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS - JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO NA PUBLICAÇÃO DA PAUTA - VALIDADE DO JULGAMENTO EFETUADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O sistema constitucional brasileiro assegura ao réu, em plenitude, o exercício do direito de defesa, cujo desrespeito - precisamente por qualificar-se como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grave transgressão de natureza jurídica - gera a invalidação do procedimento penal e produz, até mesmo, a desconstituição da própria decisão nele proferida. Reveste-se de nulidade o julgamento de recurso criminal, em segunda instância, quando não precedido da intimação das partes, ou da publicação oportuna da pauta, ressalvadas as hipóteses pertinentes à ação de habeas corpus. Situação de nulidade processual incorrente no caso. Intimação regular e prévia das partes (Súmula 431/STF). (HC 73816, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 25/06/1996, DJ 13-06-1997 PP-26692 EMENT VOL-01873-04 PP-00780.)

Em relação ao suposto excesso de prazo, melhor sorte não assiste aos impetrantes.

Ora, para se concluir pela ilegalidade da prisão cautelar, em razão de suposto excesso de prazo para o julgamento da apelação, seria necessária a análise de documentos que atestassem a data em que foi proferida a sentença condenatória e a data em que foi distribuído o recurso de apelação.

No entanto, não há como se aferir a existência do alegado constrangimento ilegal na documentação que instrui o presente *mandamus*, já que inexistentes tais peças comprobatórias do constrangimento ilegal apontado.

Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que demonstrem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, providência não efetivada pelos impetrantes.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 288 E 332, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 92, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. ACERTO DA DECISÃO.

1. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, de modo a inviabilizar a adequada análise do pedido. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na hipótese, embora tenha o Impetrante arguido a inépcia da inicial, não fez prova do alegado, pois não colacionou aos autos sequer a cópia da inicial acusatória. Ademais, as cópias juntadas aos autos não faziam qualquer referência à ação penal em comento ou mesmo à Paciente. Ressalte-se que a Paciente está assistida por advogado constituído, o qual deveria ter providenciado a instrução adequada do writ.

3. Recurso desprovido. (RHC 26.541/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011.)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. (...)

I - O habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que o seu procedimento não admite dilação probatória (Precedentes). In casu, não há qualquer documento que comprove que os maus antecedentes levados em consideração pelo órgão julgador para fixar a pena-base acima do mínimo legal seriam de fato inquéritos ou processos em andamento, razão pela qual deve ser preservada, neste ponto, a r. sentença condenatória.

(...)

Ordem denegada. (HC 160.286/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 09/08/2011.)

Por tais razões, **concede-se parcialmente a ordem** para anular o julgamento da Apelação Criminal n.º 0001210-29.2010.805.0032-0, determinando que o novo julgamento seja precedido de intimação do atual advogado constituído do paciente, Maurício Vasconcelos, OAB/BA n.º 10.439.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0087397-0

HC 240.917 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 12102920108050032

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAURÍCIO VASCONCELOS E OUTROS
ADVOGADO : MAURÍCIO VASCONCELOS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : ROBERTO DA SILVA JÚNIOR (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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.