



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.700 - SP (2011/0091045-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VALMIR LUCENA DANTAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V L D (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ROUBO. EXTORSÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DO RECURSO. AUSÊNCIA. EIVA ARGUIDA PELA DEFESA APÓS SEIS ANOS DA INTIMAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. PECULIARIDADE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DA NULIDADE PRETENDIDA.

1. Não obstante acarrete nulidade, por cerceamento de defesa, a intimação de defensor público ou dativo procedida por meio de publicação na imprensa oficial para a sessão de julgamento de apelação criminal, pois a legislação processual penal confere àquele profissional a prerrogativa da intimação pessoal (art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e art. 370, § 4º, do CPP), há hipóteses peculiares em que a preclusão se torna óbice ao reconhecimento da eiva articulada (precedentes do STF e do STJ).

2. Na hipótese dos autos, embora a defensora dativa que atuou na defesa do paciente tenha sido intimada da sessão de julgamento do recurso de apelação criminal pela Imprensa Oficial, da análise dos documentos que instruem o *writ* constata-se que houve a intimação pessoal da Procuradoria de Assistência Judiciária do respectivo acórdão, cujo trânsito em julgado para a defesa foi certificado aos 24-3-2005. Todavia, a nulidade somente veio a ser invocada em 28-4-2011, quando da impetração do presente *mandamus*, isto é, somente seis anos após a ciência do acórdão proferido, o que importa no reconhecimento da preclusão.

FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO ACERCA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. MANDADO DE INTIMAÇÃO DEVIDAMENTE CUMPRIDO. INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE OBEDECIDO. *DUE PROCESS OF LAW* GARANTIDO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. No caso em apreço, observa-se que a defesa do paciente foi exercida em juízo por defensora dativa, e das informações prestadas pela autoridade impetrada verifica-se que esta foi devidamente intimada pessoalmente do teor do acórdão proferido no julgamento do inconformismo, circunstância que afasta a alegada ilegalidade.

2. No sistema recursal brasileiro vige o princípio da voluntariedade, inserto no art. 574, *caput*, do CPP, cuja previsão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não obriga a defesa a interpor recurso de decisão desfavorável ao réu.

3. Comprovado que a defensora dativa foi devidamente intimada acerca do teor do acórdão proferido no julgamento da apelação criminal, não há que se falar em ofensa ao princípio do devido processo legal porque tal órgão não interpôs recursos para as instâncias superiores.

4. Transitada em julgado a condenação sem que houvesse inconformismo e tendo o trâmite processual obedecido a todas as regras constitucionalmente garantidas, não caracteriza constrangimento ilegal o indeferimento de reabertura de prazo como pretendido, ao fundamento de que o defensor nomeado tinha obrigação de recorrer.

DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE. ART. 61, I, DO CP. RECONHECIMENTO. RÉU COMPROVADAMENTE REINCIDENTE. AGRAVAMENTO DA PENA DEVIDO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Caracteriza a reincidência a condenação anterior transitada em julgado antes da prática do delito objeto do presente *writ*, ocorrida dentro do prazo de 5 (cinco) anos do art. 64, inciso I, do Código Penal.

2. 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), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.700 - SP (2011/0091045-6)

IMPETRANTE : VALMIR LUCENA DANTAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V L D (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado de próprio punho por V. L. D., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 4.245.343/0.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 213 e 214, na forma do art. 225, § 1º, inciso I, bem como do art. 157, *caput*, e art. 158, *caput*, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alega o impetrante/paciente que a Corte de origem apreciou a irresignação sem providenciar a intimação pessoal do defensor público a respeito da data da sessão de julgamento, em desacordo com o contido na Lei nº 1.060/50.

Sustenta que a aludida ausência é causa de nulidade processual por cerceamento de defesa, uma vez que não foram opostos embargos infringentes em seu favor, tendo em vista o voto divergente de um desembargador que seria favorável à sua absolvição pelo delito de extorsão, porquanto a conduta de constranger a vítima para fornecer senha de cartão magnético estaria inserida no crime de roubo.

Observa, ainda, que teria havido erro na dosimetria de sua pena, porquanto deveria ter sido reduzida para 24 (vinte e quatro) anos.

Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal, e no mérito, pugna pela anulação do acórdão objurgado.

Postula, ainda, sua intimação da decisão liminar e de mérito deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remédio constitucional, bem como o encaminhamento à Defensoria Pública caso não seja conhecido ou denegada a ordem.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 9 a 16), sendo indeferida a tutela de urgência (e-STJ fls. 22 e 23) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 31 a 34), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (e-STJ fls. 35 a 150).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.700 - SP (2011/0091045-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos constata-se que o paciente foi condenado à pena de 28 (vinte e oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 213 e 214, na forma do art. 225, § 1º, inciso I, c/c art. 226, inciso III, no art. 157, *caput*, e art. 158, *caput*, todos do Código Penal, c/c art. 1º da Lei nº 8.072/90.

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de Apelação Criminal nº 424.534.3/0 para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo a advogada dativa intimada da pauta de sessão de julgamento do reclamo por publicação no Diário de Justiça em 21-5-2004. A Oitava Câmara Extraordinária da Corte Estadual, por maioria de votos, negou provimento ao reclamo, transitando em julgado o acórdão após a intimação pessoal da defensora dativa do paciente.

Contra a mencionada decisão, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* nº 46.487/SP perante este Sodalício, cuja ordem foi parcialmente concedida para afastar o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 e reconhecer o direito do paciente ao pleito do benefício da progressão do regime prisional, cabendo ao juiz competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, e de ofício, esta Colenda Quinta Turma reformou o acórdão impugnado e a sentença de primeiro grau, para que outra fosse proferida, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, afastando-se a causa de aumento de pena prevista no revogado art. 226, inciso III, do Código Penal.

O Juízo Singular, em 10-2-2009, em cumprimento à referida decisão, proferiu nova sentença, condenando o paciente à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 213 e 214, na forma do art. 225, § 1º, inciso I, bem como do art. 157, *caput*, e art. 158, *caput*, todos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, a defesa interpôs o recurso de Apelação Criminal nº 990.10.048737-0, tendo a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, negado provimento ao reclamo, o que deu azo ao presente *mandamus*.

Inicialmente, no que diz respeito ao tema em análise, esta Turma tem decidido que a ausência de intimação pessoal do defensor público ou dativo dos atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, gera a sua nulidade.

A propósito:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, E ART. 148, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO DA DATA DESIGNADA PARA O JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE.

"A teor dos artigos 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 e 370, § 4º, do CPP, a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. A falta dessa intimação enseja a realização de novo julgamento. (Precedentes).

"Ordem concedida" (HC nº 70.862/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, publicado no DJ de 1º-10-2007, p. 311).

Entretanto, no caso vertente, verifica-se que a questão merece análise mais detalhada e diferenciada, porquanto não obstante a defensora dativa que atuou na defesa do paciente tenha sido intimada sobre a data da sessão de julgamento do recurso de Apelação Criminal nº 424.534.3/0 somente pela Imprensa Oficial (e-STJ fls. 33), da análise dos documentos que instruem o *writ*, constata-se que houve a sua intimação pessoal acerca do respectivo acórdão (e-STJ fls. 102), transitando em julgado para a defesa em 24-3-2005 (e-STJ fls. 103). Todavia, a nulidade somente veio a ser invocada em 28-4-2011, quando da impetração do presente *mandamus*, isto é, somente seis anos após a ciência do acórdão proferido, o que importa no reconhecimento da preclusão.

Verifica-se, portanto, que a causídica encarregada de exercer a defesa do paciente em juízo, mesmo após ter sido intimada pessoalmente acerca do resultado do julgamento do recurso de apelação criminal, quedou-se silente acerca da irregularidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ora apontada, observando-se o transcurso de aproximadamente 6 (seis) anos para que a eiva viesse a ser arguida, conduta que afronta a segurança jurídica da qual são revestidas as decisões judiciais irrecorríveis.

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

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

(...)

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

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal recentemente consignou:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO 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 oito anos do trânsito em julgado da condenação importa no reconhecimento da preclusão.

"III - Ordem denegada" (HC nº 94.277/SP, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 3-2-2009, publicado no DJe de 26-2-2009, 331).

E ainda, também do Pretório Excelso:

"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 nº 89.709/SP, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 7-8-2007, publicado no DJe de 20-9-2007, p 43).

Esta Corte não diverge do posicionamento ilustrado, senão vejamos:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. FATOS OCORRIDOS EM 1991. APELAÇÃO. SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA SEM A INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. INSURGÊNCIA DEDUZIDA MAIS DE DEZ ANOS DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. IRREGULARIDADE CONVALIDADA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

"1. Muito embora esta Corte tenha, de fato, o entendimento de que a falta de intimação pessoal da Defensoria Pública da data do julgamento do recurso de apelação implica nulidade processual, porquanto mitiga o direito de defesa do réu, a hipótese em tela sugere outra perspectiva, que, de igual modo, encontra guarida na jurisprudência desta Corte.

"2. Considera-se convalidada a nulidade, em razão da inércia da Defesa que almeja a anulação do julgamento do apelo após o transcurso de mais de dez anos do trânsito em julgado da condenação.

"3. O silêncio da defesa, em decorrência do citado lapso temporal, torna preclusa a matéria. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

"4. Ordem denegada" (HC nº 55.098/RJ, rel^a Min^a LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 20-11-2007, publicado no DJ de 17-12-2007, p. 232).

"HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. (ART. 214 C/C ART. 224, AMBOS DO CPB). AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO DA PAUTA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS DE APELAÇÃO. NULIDADE AFASTADA EM RAZÃO DO LAPSO TEMPORAL JÁ DECORRIDO E DA AUSÊNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO À DEFESA. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA.

"1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, constitui prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, a teor dos arts. 5º, § 5º da Lei 1.060/50 (acrescido pela Lei 7.871/89), 370, § 4º do CPP e 128 da LC 80/94.

"2. Contudo, a hipótese em comento apresenta particularidade apta a afastar tal orientação, porquanto o julgamento das Apelações manejadas pela acusação e pela defesa ocorreu em 24 de fevereiro de 2005, portanto, há mais de três anos. Outrossim, o mandado de prisão foi cumprido em 27 de setembro de 2007 (fls. 214), não tendo sido suscitada pela Defensoria Pública qualquer alegação de prejuízo, não sendo razoável acolher-se, somente nesse momento processual, a pretensão ora deduzida por meio de advogado regularmente constituído, sem que se vislumbre a existência de real prejuízo à defesa, consoante bem asseverado no parecer do MPF.

*"3. O Direito Processual Brasileiro é informado, no que toca às nulidades, pelo princípio **pas de nullité sans grief**, segundo o qual não se declara nulidade sem a efetiva demonstração de prejuízo para a parte que a alega, o que, deveras, não ocorreu na espécie.*

"4. Ordem denegada, em conformidade com a manifestação do Ministério Público Federal" (HC nº 97.533/MG, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 19-6-2008, publicado no DJe de 4-8-2008).

Assim, mesmo que incontroverso que a defensora dativa, na espécie, não tenha sido pessoalmente intimada sobre a data da sessão de julgamento do recurso de apelação criminal interposto, a peculiaridade temporal verificada no caso não permite que se reconheça a nulidade do feito, pois a defesa manteve-se inerte, porquanto não apresentou à época qualquer inconformismo pelas vias adequadas, somente vindo a suscitar a eiva seis anos após a sua intimação sobre a decisão que manteve a condenação do paciente.

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

Ademais, observa-se que a defesa do paciente foi exercida em Juízo por defensor dativo, sendo certo que das informações prestadas pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 33), verifica-se que a advogada nomeada pelo Juízo, **foi intimada pessoalmente do teor do acórdão proferido no referido inconformismo (prerrogativa dos defensores dativos)**, o que demonstra que não há qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal suportado pelo paciente também quanto a este ponto.

Além disso, constatando-se a regular comunicação dos atos ao patrono do paciente, é de se afastar também eventual alegação de constrangimento ilegal no que tange à ausência de apresentação de qualquer irresignação, tendo em vista que esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, em respeito ao princípio da voluntariedade dos recursos, nos termos do artigo 574, *caput*, do Código de Processo Penal, o defensor público ou dativo, devidamente intimado do acórdão condenatório, não é obrigado a recorrer.

Nesse sentido, confirmam-se as lições de PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY:

*"Exprime a conveniência da parte sucumbente de manifestar ou não seu inconformismo junto ao órgão de jurisdição mais elevada, até mesmo porque, forçoso lembrar, que o não-exercício do direito de recorrer redundará para aquela na efetivação da decisão. Ninguém pode constranger a parte a interpor recurso. Tem a parte disponibilidade de manifestar o seu interesse na reforma do ato judicial. Mesmo que a defesa do réu, por exemplo, seja deficiente, o juiz não pode obrigá-lo a recorrer" (**Curso de processo penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 555).*

Ainda ao expressar lição a respeito da voluntariedade dos recursos, GUILHERME DE SOUZA NUCCI argumenta que *"trata-se de característica fundamental do recurso que seja ele interposto voluntariamente pela parte interessada na revisão da decisão"*, sendo que caso *"haja conformismo, não se deve reavaliar o julgado"* (Código de processo penal comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 920).

Em outras palavras, é inviável impor ao defensor a obrigatoriedade da interposição de recurso contra acórdão que manteve a condenação, pois no sistema brasileiro vige o princípio da voluntariedade inserto no art. 574, *caput*, do Código de Processo Penal, ou seja, é exigido, para a garantia do *due process of law*, apenas que se efetive a intimação da decisão para que, querendo, o apenado e/ou seu defensor ajuíze o inconformismo cabível. Resignando-se com a condenação, isto é, não havendo formulação de recurso, não está o judiciário obrigado a nomear outro defensor para que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assim proceda.

Nesse sentido, veja-se decisão oriunda da Sexta Turma:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE PROCESSUAL [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DEFENSOR PÚBLICO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"[...].

"3. Conforme compreensão desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de atuação de defensor público ou dativo, vigora o princípio da voluntariedade dos recursos, resultando daí que a falta de interposição de apelo em ataque à decisão contrária aos interesses do réu, por si só, não acarreta nulidade.

"4. Não é de falar em deficiência da defesa técnica se foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, revelando os autos que a defensora pública, embora tenha optado por não recorrer, apresentou alegações preliminares, compareceu à audiência e formulou alegações finais.

"[...]" (RHC nº 15.349/ES, rel. Min. PAULO GALLOTTI, julgado em 18-3-2008, publicado no DJe de 14-4-2008).

Seguindo direção idêntica, leia-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E QUADRILHA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO DEFENSOR PÚBLICO. APELAÇÃO. TRANSCURSO *IN ALBIS* DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE RECORRER. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE.

"[...].

"4. De outra parte, a jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, em face da regra processual da voluntariedade dos recursos, insculpida no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, não está obrigado o defensor público ou dativo, devidamente intimado, a recorrer.

"5. Portanto, aquele que não recorre, no prazo previsto pela lei, mostra conformismo com a sentença e perde a oportunidade de obter sua reforma ou nulidade.

"6. Recurso improvido" (RHC nº 22.218/RN, rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 25-9-2008, publicado no DJe de 13-10-2008).

A propósito, cita-se julgado desta Turma:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. USO DE ENTORPECENTE. NÃO-INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES. TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE DOS RECURSOS. EFETIVA APRESENTAÇÃO DE DEFESA. PROCESSO ORIENTADO PELO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

"1. Os princípios da ampla defesa e do contraditório orientam a atividade jurisdicional, cuja observância é imperativa por ordem constitucional, orientando as ações do magistrado e das partes durante todo o curso processual, inclusive em grau de recurso.

"2. Proferida a sentença, em regra, encerra-se o ofício jurisdicional, somente havendo a devolução da matéria em caso de manifestação de inconformismo através dos recursos cabíveis.

"3. A ausência de interposição de recurso não implica deficiência da defesa, mas apenas a manifestação tácita de conformismo quanto à decisão proferida, ocasião em que não há falar em ofensa aos princípios constitucionais, desde que estes tenham norteado a instrução processual.

"4. Os recursos são voluntários, vigendo o princípio da disponibilidade recursal, revelando-se obrigatório o duplo grau de jurisdição apenas nos casos expressamente previstos em lei, por interesse público.

"5. Ordem denegada" (HC nº 38.331/RJ, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 16-6-2005, publicado no DJ de 22-8-2005, p. 307).

Assim, inexistindo qualquer mácula processual, considerando-se que as normas constitucionais foram garantidas ao paciente, não há que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita ou de direito à reabertura de prazo para eventual interposição de recurso.

Por fim, é certo que 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, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Para melhor análise da questão, colaciona-se excerto da dosimetria da pena corrigida em razão da ordem concedida em anterior *writ* por este Sodalício:

"De início, observo que, nos termos da ordem concedida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a presente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença somente decidirá acerca da dosimetria da pena, excluindo a causa de aumento de pena outrora prevista no inciso III, do artigo 226, do Código Penal.

No mais, fica mantida a sentença de fls. 136/144.

Assim, a pena base dos delitos pelos quais o acusado foi condenado foi fixada no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para o roubo; 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa pela extorsão; 06 (seis) anos de reclusão pelo estupro e 06 (seis) anos de reclusão pelo atentado violento ao pudor.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foram verificadas circunstâncias atenuantes, tendo sido reconhecida a agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, em razão da certidão criminal acostada às fls. 119, razão pela qual as penas foram exasperadas em 1/4 (um quarto), atingindo um total de 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o roubo; 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o extorsão; 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão pelo estupro e 07 anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo atentado violento ao pudor.

Não há causas de aumento ou diminuição das penas, que restam definitivamente fixadas nos montantes acima apontados, afastando-se, assim, a causa de aumento de pena no revogado inciso III, do artigo 226, do Código Penal.

Em razão do concurso material, as penas acima fixadas são somadas, totalizando **25 (vinte e cinco) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo legal**" (e-STJ fls. 118 e 119).

A Corte Estadual, por sua vez, manteve o aumento operado na segunda fase pela agravante da reincidência, sob os seguintes fundamentos:

"Esse é o relatório que se soma ao da r. sentença de fls. 332/335, prolatada pela dedicada juíza Ana Cláudia Dabus Guimarães e Souza De Miguel.

II. Dispõe o artigo 63 do Código Penal que se verifica 'a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior'.

Na espécie sub examine a reincidência do apelante foi demonstrada por certidão de antecedente criminal expedida pelo 1º ofício Criminal da Comarca de Itapevi (fls. 119), na qual se verifica que o réu foi condenado como infrator do artigo 213, combinado com os artigos 14, inciso II e 226, inciso III, todos do Código Penal, e que houve trânsito em julgado desse julgado aos 28 de outubro de 1999, ou seja, cerca de 2 anos e 7 meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes da prática criminosa tratada neste processo. Aliás, o próprio recorrente admite a existência de reincidência.

Por sua vez, para a caracterização da reincidência a lei penal não faz distinção quanto à natureza dos crimes (anterior e posterior) cometidos. A previsão, portanto, não se circunscreve à reincidência específica, que ocorre na repetição de crimes da mesma espécie.

[...].

III. A incidência da agravante da reincidência dá-se no cálculo da pena de todo crime praticado nas circunstâncias do artigo 63 do Código Penal, conquanto não caracterizadas as hipóteses do artigo 64 do mesmo código. Portanto, a incidência da reincidência no cálculo da pena atinente a um determinado crime não obsta (e até mesmo obriga) a que essa mesma agravante seja considerada na quantificação da sanção de outros crimes, sejam eles perpetrados no mesmo contexto fático, ou não.

Note-se, ainda, que a majoração da pena na segunda etapa do cálculo, quando incide a agravante da reincidência, é obrigatória por expressa disposição do Código penal ('Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I- a reincidência').

IV- Quanto à fração de aumento adotada na sentença (1/4), que já 'passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça' consoante observou a ilustrada Procuradoria de justiça (fls. 370), pautou-se pelos limites legais e não extrapolou critério da razoabilidade, mormente porque o crime anterior foi grave e a condenação precedente ocorreu em curto espaço de tempo" (grifo nosso) (e-STJ fls.148 e 149).

Dessa forma, no que tange ao pretendido afastamento da agravante genérica da reincidência, verifica-se do acórdão objurgado que, quando do cometimento do delito objeto do presente *writ*, o paciente ostentava, de fato, 1 (uma) condenação anterior transitada em julgado, o que demonstra que é, sim, reincidente, já que, em relação a ela, consta a certificação do trânsito em julgado com data anterior ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CP, razão pela qual não há que se falar em redução da sua reprimenda para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Assim, não havendo qualquer constrangimento ilegal a ser sanado por meio do presente *writ*, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0091045-6

HC 204.700 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3502002 4245343

EM MESA

JULGADO: 04/08/2011
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALMIR LUCENA DANTAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V L D (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

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), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.