



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.908 - SP (2014/0321334-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : EDILSON JOSE BARBATO
ADVOGADO : EDILSON JOSÉ BARBATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ODAIR OSVALDO BOFF

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. JULGAMENTO DE APELO DEFENSIVO. PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PRECLUSÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. 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.

3. "A nulidade, pela própria ausência de intimação da data de julgamento do recurso não pode ser arguida a qualquer tempo, sujeitando-se à preclusão temporal, nos termos dos artigos 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código de Processo Penal" (HC n. 260.654/PA, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, Dje 29/5/2013).

4. *In casu*, inviável o reconhecimento da nulidade, visto que o advogado constituído nos autos somente alegara a presente irregularidade após 1 (um) ano e 6 (seis) meses do julgamento do apelo defensivo, embora já tivesse retomado a defesa do paciente nos autos, desde a oposição dos embargos de declaração contra o acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, silenciando-se, naquela ocasião e quando da interposição de recurso especial, sobre a mencionada nulidade.

5. *Habeas Corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.908 - SP (2014/0321334-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : EDILSON JOSE BARBATO
ADVOGADO : EDILSON JOSÉ BARBATO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ODAIR OSVALDO BOFF

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ODAIR OSVALDO BOFF, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0001926-51.2005.8.26.0160).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 155, § 4º, I e IV, e 155, § 4º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, mantendo, na íntegra, o édito condenatório de primeiro grau.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Foi, então, interposto recurso especial, o qual não foi admitido na origem.

Daí o presente *mandamus*, no qual a defesa alega a ocorrência de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, pois o defensor – nomeado após a apresentação das razões do recurso de apelação – não teria sido pessoalmente intimado para a sessão de julgamento do apelo defensivo, consubstanciando manifesta violação do princípio da ampla defesa.

Requer, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão em favor do paciente. No mérito, pleiteia a anulação do julgamento do recurso de apelação defensivo, com a consequente desconstituição do trânsito em julgado de sua condenação.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 885/886.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às e-STJ fls. 898/1.001.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, ou, acaso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 1.007/1.012).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.908 - SP (2014/0321334-0)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que 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.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTES TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. [...]. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: [...].

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (HC n. 218.537/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 13/8/2013)

Contudo, a despeito de o impetrante não ter escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à análise das questões formuladas na inicial e à verificação de eventual constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se, em síntese, a declaração de nulidade do acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação por ausência de intimação pessoal do defensor dativo para a sessão de julgamento.

Das informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, constato que o advogado constituído pelo réu interpôs recurso de apelação, tendo sido o recurso recebido em 12/2/2009. Após o transcurso do prazo para a apresentação das razões recursais pelo causídico e, diante de sua inércia, foi determinada sua intimação, o qual manteve-se, novamente, inerte, ocasião em que foi nomeada a defensora dativa Dr^a. Elisa Bernadete Carlos Rosa Spadim, a qual apresentou as razões recursais.

Após a apresentação do parecer ministerial, e, diante da renúncia apresentada pela Dr^a Elisa Bernadete Carlos Rosa Spadim e do Dr^o. Reinaldo Luiz Mauro, que, igualmente, atuava no feito na condição de advogado dativo, foi nomeado o advogado Edevaldo Franco Júnior.

O advogado nomeado Edevaldo Franco Júnior, conforme consta das informações, foi intimado quanto à data da sessão de julgamento do recurso de apelação por publicação no Diário da Justiça Eletrônico (e-STJ fl. 899), tendo a Corte local asseverado que ele não fora intimado pessoalmente.

Em sessão realizada no dia 9/5/2013, o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, tendo retornado aos autos o advogado constituído pelo réu, Dr^o. Edilson José Barbato, o qual opôs embargos declaratórios, rejeitados pela Corte de origem, bem como recurso especial, igualmente, não admitido na origem (e-STJ fl. 900).

Como visto, o advogado – nomeado após a apresentação do parecer pela Procuradoria Geral de Justiça para prosseguir na defesa do réu – não foi intimado pessoalmente quanto à data da sessão de julgamento, mas apenas por publicação no Diário da Justiça Eletrônico, situação que não se coaduna com a jurisprudência desta Corte 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é causa de nulidade. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

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.

[...]

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Contudo, o caso *sub judice*, guarda peculiaridades concretas a impedir o reconhecimento da alegada nulidade.

Como exposto acima, após a realização da sessão de julgamento em 9/5/2013 (e-STJ fl. 594), o advogado constituído pelo réu novamente se habilitou nos autos, apresentando embargos de declaração, no qual limitou-se a alegar a necessidade de modificação do regime inicial de cumprimento da pena, tendo sido os aclaratórios rejeitados (e-STJ fls. 673/679). Posteriormente, o advogado constituído interpôs recurso especial, no bojo do qual limitou-se, apenas, a requerer a absolvição do paciente pela atipicidade do fato e a modificação do regime inicial para o aberto (e-STJ fls. 682/693), sendo o recurso não admitido pela instância ordinária (e-STJ fls. 711/713).

Este mesmo causídico constituído, agora, com a impetração do presente *mandamus* datada de 10/11/2014, ou seja, mais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses após a sessão de julgamento do recurso de apelação, vem alegando a nulidade da respectiva sessão por violação da ampla defesa, a despeito de já ter tido acesso aos autos em período anterior (por ocasião da oposição dos embargos de declaração e da interposição do recurso especial)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e nada ter alegado sobre a mencionada nulidade.

Em situações tais, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, em observância ao princípio da segurança jurídica, "a nulidade, pela própria ausência de intimação da data de julgamento do recurso não pode ser arguida a qualquer tempo, sujeitando-se à preclusão temporal, nos termos dos artigos 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código de Processo Penal" (HC n. 260.654/PA, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, Dje 29/5/2013).

E, ainda:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO DA PAUTA DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE SUSCITADA MAIS DE 1 ANO APÓS A INTIMAÇÃO PESSOAL DO RESULTADO DO ACÓRDÃO. PRECLUSÃO. A AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE DOS RECURSOS. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não se desconhece que, 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, é prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa.

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

3. A não interposição de recursos na esfera extraordinária pelo Defensor Dativo não configura cerceamento de defesa, mormente quando já assegurado, como na hipótese, o duplo grau de jurisdição.

Aplicação do Princípio da Voluntariedade dos Recursos. Precedente.

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

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTIMAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA DATA DE SESSÃO DE JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. DEFENSOR DATIVO OU PÚBLICO. CIÊNCIA PELA IMPRENSA OFICIAL. POSTERIOR CIÊNCIA PESSOAL DO ACÓRDÃO. SILÊNCIO. QUASE DOIS ANOS. PRECLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL APÓS A DEFESA. NULIDADE. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A intimação de defensor dativo ou público da data de sessão de julgamento de recurso de apelação pela imprensa oficial, seguida de ciência pessoal do acórdão pelo causídico, sem qualquer recurso, por quase dois anos, enseja a preclusão da arguição da nulidade.

2. Da mesma forma tem-se como preclusa a arguição de nulidade no que toca a manifestação do Ministério Público Estadual após a manifestação da defesa se a Defensoria Pública teve a oportunidade de suscitar tal nulidade quando da impetração de prévio writ (HC 159.398/SP) perante esta Corte e não o fez.

3. Ordem denegada. (HC 214.082/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011).

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus*.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0321334-0

HC 310.908 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019265120056260160 1600120050019265 19265120056260160 20130000266327
20130000384799 990100123785

EM MESA

JULGADO: 18/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: EDILSON JOSE BARBATO
ADVOGADO	: EDILSON JOSÉ BARBATO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ODAIR OSVALDO BOFF
CORRÉU	: IGOR AUGUSTO FIGUEIREDO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.