



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 299.760 - SP (2014/0180832-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RONALDO DA SILVA LINS

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. DEFESA DEFICIENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 523/STF. JULGAMENTO DE APELO MINISTERIAL. PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA PENAL. PREMEDITAÇÃO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA X AGRAVANTE DO CRIME PRATICADO CONTRA CRIANÇA. PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO QUANTO À DOSIMETRIA.

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. "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). De fato, cabe à defesa demonstrar que eventual atuação diversa do advogado, poderia, de forma concreta, ter acarretado a absolvição do paciente, ainda que pela geração de dúvida no julgador, o que não ficou demonstrado no caso dos autos. Dessarte, não há se falar em nulidade ante a ausência de demonstração de prejuízo. 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. "A nulidade, pela própria ausência de intimação da data de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo 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).

5. *In casu*, inviável o reconhecimento da nulidade, visto que alegada mais de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da condenação, embora tenha sido o advogado dativo intimado pessoalmente quanto ao resultado do julgamento do recurso de apelação, e tenha, naquele momento, optado por não arguir a suposta nulidade em eventual recurso especial.

6. A revisão das provas dos autos a fim de se constatar a existência de elementos suficientes ao reconhecimento da circunstância judicial desfavorável da premeditação não comporta análise na via estreita do *mandamus*.

7. Não há *bis in idem* na valoração negativa da personalidade do agente e no reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, II, "h", do Código Penal, pois consideradas circunstâncias fáticas distintas.

8. A atenuante da confissão espontânea, por estar relacionada à personalidade do agente, deve prevalecer sobre a agravante do artigo 61, II, "h", do Estatuto Penalista, relacionada à circunstância subjetiva da vítima, nos termos do artigo 67 do CP.

9. **Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício** para, reconhecendo a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do artigo 61, II, "h", do Código Penal, redimensionar a pena do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

### 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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 299.760 - SP (2014/0180832-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RONALDO DA SILVA LINS

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RONALDO DA SILVA LINS, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Revisão Criminal n. 0014534-95.2013.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, definitivamente, à pena de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

A defesa ajuizou revisão criminal. O Tribunal local julgou parcialmente procedente o pedido defensivo para reduzir a reprimenda do sentenciado para 8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, mantendo, no mais, os termos da sentença condenatória.

Daí o presente *mandamus*, no qual a defesa alega a ocorrência de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, pois, enquanto assistido pelo defensor dativo, atuante durante o procedimento criminal de primeira instância, teria ficado sem defesa técnica idônea, sendo esta inexistente, o que implica nulidade absoluta da ação penal.

Aduz que o defensor dativo, à época em que foi julgado o recurso de apelação, não foi intimado pessoalmente quanto à data da sessão de julgamento, o que, igualmente, induz nulidade absoluta do acórdão que julgou procedente o apelo ministerial.

Defende que a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, pois não teria ficado comprovado nos autos a circunstância da premeditação, e, ainda, pelo fato da qualidade das vítimas – crianças e idosos – já ter sido sopesada para reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, II, "h", do Código Penal, o que demonstra a configuração de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*bis in idem.*

Ressalta que a atenuante da confissão espontânea deve preponderar sobre a agravante da qualidade das vítimas.

Requer, liminarmente e no mérito, a anulação da ação penal, da sessão de julgamento do recurso de apelação e a revisão da dosimetria penal.

A liminar foi indeferida às e-STJ fl. 427.

Informações prestadas às e-STJ fls. 436/452.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício quanto à dosimetria penal (e-STJ fls. 457/462).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 299.760 - SP (2014/0180832-8)**

### 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 DESTA 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 a 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.

Busca-se, em síntese, a declaração de nulidade da ação penal pela



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistência de defesa técnica, da sessão de julgamento do recurso de apelação ministerial ante a ausência de intimação pessoal do defensor dativo e revisão da dosimetria penal.

Com efeito, no que se refere à insuficiência da defesa técnica, verifico que a Corte local rejeitou referida preliminar, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 446/447):

*Em tempo, também não há falar em nulidade do feito por ausência de defesa técnica. Observa-se que o antigo Defensor do acusado atuou ativamente no feito (cf. fls. 169, 235/236 e 259/261). O simples fato de a Defesa anterior ter adotado estratégia diferente daquela abraçada pelo Defensor Público que impetra a presente Revisão Criminal não caracteriza, por si só, a ausência de defesa técnica. Ademais, a Súmula 523 do STF deve ser aplicada àqueles casos em que há ausência de defesa técnica; in casu, a defesa técnica existiu, se insatisfeito, caberia ao peticionário postular a troca de Defensor em momento oportuno.*

Observo que o Tribunal local assentou que houve efetiva defesa técnica realizada pelo defensor dativo durante toda a instrução criminal, ressaltando que a adoção de estratégia diferente pelo defensor público atuante no feito após o seu trânsito em julgado não, obrigatoriamente, leva à conclusão quanto à ausência de defesa técnica.

Nesse contexto, incide na hipótese retratada o enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que, "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que, "ao contrário do que ocorre quando da falta de defesa, sua deficiência não dá ensejo à declaração de nulidade, pois, em sendo esta relativa, há necessidade de demonstração do efetivo prejuízo acarretado ao acusado. Aplicação do Verbete Sumular n. 523, STF" (HC n. 280.912/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016).

Vale observar que o provimento do recurso de apelação da acusação não pode ser considerado, por si só, como prova do prejuízo, até mesmo porque, como bem ressaltado no acórdão impugnado, a defesa apresentou as devidas contrarrazões ao apelo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ministerial. Não se pode afirmar, portanto, que a simples inexistência de recurso especial já seria suficiente à comprovação do prejuízo. De fato, cabe à defesa demonstrar que eventual atuação diversa do advogado poderia, de forma concreta, ter acarretado a absolvição do paciente, ainda que pela geração de dúvida no julgador, o que não ficou demonstrado no caso dos autos. Dessarte, não há se falar em nulidade.

Ao ensejo:

*(...). TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEFENSORA PÚBLICA. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. 1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelo membro da Defensoria Pública que não insistiu na oitiva de testemunhas que sequer presenciaram os fatos. 3. Diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese. (...). (HC 322.229/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 29/09/2015).*

No que se refere à ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à sessão de julgamento do recurso de apelação, o Tribunal de origem assim se manifestou (e-STJ fls. 447/450):

*Por fim, não se ignora a irregularidade no processamento do recurso, ante a ausência de intimação pessoal do defensor dativo acerca do julgamento da apelação. Entretanto, não se pode admitir que o Defensor alegue a irregularidade, indefinidamente, sempre que a decisão do recurso for contrária a seus interesses. Referido vício deveria ter sido apontado em época oportuna. Note-se que o julgamento foi realizado no dia 25 de junho de 2007, tendo sido o defensor do réu intimado pessoalmente da decisão no dia 12 de novembro de 2007 (fls. 309v) e o acórdão transitado em julgado em*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*19 de novembro do mesmo ano.*

*A presente revisão criminal foi proposta em 15 de julho de 2013, portanto passados mais de 05 (cinco) anos do trânsito em julgado da decisão rescidenda, tendo decorrido extenso período de tempo sem que nada fosse alegado, mesmo com a ciência pessoal do Defensor dativo, que poderia ter manejado os recursos cabíveis, contudo, optou pelo silêncio.*

*[...]*

*Ademais, saliente-se que o Defensor dativo foi intimado da interposição do recurso pelo Representante do Ministério Público, apresentou contrarrazões e ele foi pessoalmente intimado do resultado da apelação, não tendo sido intimado pessoalmente, tão somente, da realização da sessão de julgamento, durante o qual, no máximo, poderia fazer sustentação oral.*

*Desse modo, irrazoável o acolhimento da preliminar de nulidade alegada, primeiro, porque não comprovada a existência de prejuízo ao peticionário, e segundo, porque o defensor, com o retorno dos autos à Vara de origem, tomou ciência da íntegra do v. acórdão sem nada reclamar tendo transcorrido mais de 05 (cinco) anos do trânsito em julgado da decisão no momento da interposição da revisão criminal.*

Do acórdão impugnado, constato que o defensor dativo não foi pessoalmente intimado para a realização da sessão de julgamento do recurso de apelação. Contudo, foi intimado pessoalmente quanto ao resultado do julgado do apelo ministerial, tendo, à época, optado o defensor dativo por não interpor recurso especial, transitando em julgado a condenação no dia 19/11/2007. Observo, ainda, que a nulidade da sessão de julgamento somente fora arguida pela Defensoria Pública 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da condenação, com o ajuizamento da revisão criminal em 15/7/2013.

Como visto, o advogado nomeado – atuante na presente ação penal durante a instrução criminal – 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 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é causa de nulidade. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.

Conforme assentado no acórdão impugnado, a despeito da ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à sessão de julgamento do recurso de apelação ministerial, foi o referido defensor intimado pessoalmente em relação ao resultado do julgamento. Todavia, optou por não interpor recurso, situação apta a demonstrar que, à época, a ausência de intimação pessoal para a sessão de julgamento não provocou e nem teria provocado a modificação do comportamento da defesa técnica acerca da respectiva sessão de julgamento, sendo que, apenas mais de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da condenação, é que a Defensoria Pública arguiu, em revisão criminal, referida irregularidade.

Assim, embora a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça seja no sentido de reconhecer a nulidade do julgamento do recurso criminal, quando ausente intimação pessoal do Defensor Público ou do defensor dativo da sessão de julgamento, nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950 (HC 317.039/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015), tem-se que, na presente hipótese, a alegação de nulidade somente foi suscitada depois de passados mais de 5 (cinco)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos do trânsito em julgado do acórdão impugnado.

Desse modo, ultrapassado período razoável e, em observância ao postulado da segurança jurídica, notadamente porque se encontra esvaído prejuízo à defesa, inviável a declaração de nulidade do acórdão impugnado.

Nessa linha, inclusive, já se pronunciou esta Corte em diversas oportunidades:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. ALEGAÇÃO SUSCITADA DEPOIS DE QUASE 8 ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO. NULIDADE AFASTADA.*

*1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

*2. Hipótese em que o defensor dativo foi intimado apenas pelo diário oficial da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, conforme informações prestadas pelo Tribunal de origem.*

*3. Somente depois de passados quase 8 anos do trânsito em julgado do acórdão atacado, a defesa suscitou a nulidade diretamente nesta Corte, o que revela a preclusão.*

*4. Habeas corpus não conhecido. (HC 176.265/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016).*

*HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR DATIVO ACERCA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE APÓS 6 ANOS DO CONHECIMENTO DO VÍCIO. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.*

*- É certo que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, em observância aos art. 370 do Código de Processo Penal - CPP;*

*ao art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950 e aos arts. 44, I, e 128, I, ambos da Lei Complementar 80/1994, é obrigatória a intimação pessoal do Defensor Público ou dativo para a sessão de julgamento de recurso interposto, sendo causa de nulidade sua inobservância.*

*- No caso dos autos, verifica-se a preclusão da alegação de*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*nulidade, considerando que a defesa, após a do vício, uma vez que intimada pessoalmente acerca do trânsito em julgado da condenação, manteve-se inerte pelo prazo aproximado de 6 anos, até a presente impetração.*

*Ordem denegada.* (HC 319.774/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

*PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. IRREGULARIDADE ARGUIDA SEIS ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECLUSÃO.*

*1. Nos termos dos arts. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950 e 370, § 4º, do Código de Processo Penal, o defensor público ou dativo deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta. Precedentes.*

*2. Hipótese em que o defensor dativo não foi intimado pessoalmente da sessão de julgamento do recurso de apelação, tendo o referido ato se realizado por meio do Diário de Justiça, conforme informações prestadas pela autoridade apontada como coatora.*

*3. Somente após 6 (seis) anos do trânsito em julgado do acórdão, a defesa suscitou a irregularidade, o que não se admite em observância ao princípio da segurança jurídica e em respeito ao instituto da preclusão.*

*4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 293.555/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015).

No que tange à dosimetria penal, a defesa objetiva o redimensionamento da pena-base ao argumento de que não existiria provas suficientes nos autos a demonstrar a premeditação do fato e, ainda, que as circunstâncias das vítimas serem crianças e idosos já teriam sido valoradas para fins de reconhecimento da agravante do artigo 61, II, "h", do Estatuto Penalista.

Em relação à premeditação do delito, inviável a sua reforma nos termos em que postulados pela defesa no presente *mandamus*, pois a verificação acerca da existência ou inexistência de elementos probatórios suficientes ao seu reconhecimento demandaria, indubitavelmente, o reexame das provas dos autos, providência inadmissível na via estreita do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

writ.

Quanto à ocorrência de *bis in idem*, igualmente não merece concessão o *habeas corpus*, pois, da leitura do acórdão impugnado (e-STJ fl. 450), bem como do julgado proferido no recurso de apelação (e-STJ fls. 348/350), constato que, para valoração da personalidade do acusado, as instâncias ordinárias – a despeito de mencionarem a condição de ter sido cometido o delito contra crianças, circunstância igualmente valorada para reconhecimento de agravante genérica – a valoraram negativamente por ter sido o crime praticado contra idosos, sendo que esta situação não fora valorada em nenhum outro momento da dosimetria penal.

Assim, tendo o Tribunal *a quo* se utilizado de uma circunstância fática (crime cometido contra idosos) para valoração da pena-base e, de outro elemento fático para reconhecimento de agravante descrita no artigo 61, II, "h", do Código Penal (ter o delito envolvido crianças), não há que se falar em *bis in idem* material, pois valoradas circunstâncias fáticas distintas. A propósito:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUALIDADE DA DROGA. HEROÍNA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REDUÇÃO EM 1/5 (UM QUINTO). JUSTIFICATIVA CONCRETA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. MAIS DE 8 Kg. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DISTINTAS EM MOMENTOS DIVERSOS DA DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. [...]

3. **Não há violação ao princípio do *ne bis in idem* quando a qualidade do entorpecente apreendido (heroína) é utilizado para majorar a pena-base e a quantidade da droga (mais de 8 kg) impede a redução na fração máxima de 2/3 (dois terços) prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, eis que utilizadas circunstâncias fáticas distintas nas diferentes fases da dosimetria.**

4. **Agravo regimental a que se nega provimento.**

(AgRg no REsp 1388412/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no que se refere à preponderância da confissão espontânea sobre a agravante genérica de ter sido o fato cometido contra crianças, o *mandamus* comporta concessão de ofício.

Isso porque, conforme vem se pronunciando esta Corte, a confissão espontânea está relacionada à personalidade do agente visto que ligada à lealdade processual por se "afastar do instinto de autoacobertamento para colaborar com a elucidação dos fatos" (HC n. 101.909/MG, Rel. Min. AYRES BRITO, Segunda Turma, julgado em 28/2/2012).

Já a agravante prevista no artigo 61, II, "h", do Estatuto Penalista configura uma circunstância de ordem subjetiva, que se fundamenta na situação de fragilidade ou debilidade da vítima, e da qual se aproveita o agente para cometer o delito diante da menor chance de defesa daquela.

E, conforme disposição do artigo 67 do Código Penal, "no concurso de agravante e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

Portanto, em sendo a confissão espontânea relacionada à personalidade do agente e a agravante da condição da vítima ser circunstância subjetiva, deve aquela preponderar sobre esta.

Em situação análoga, esta Corte já se pronunciou quanto à preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do recurso que dificultou a defesa da vítima, sendo tal raciocínio aplicável, por semelhança, à hipótese retratada nos autos. Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. QUALIFICADORA SOBEJANTE. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTE NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO EM 2º GRAU. PREPONDERÂNCIA SOBRE A AGRAVANTE DO EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. RECURSO*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. SÚMULA 267/STJ.*

*1. Admite-se a utilização da qualificadora sobejante como agravante genérica, na segunda fase da dosimetria da pena. Precedentes.*

*2. A atenuante da confissão espontânea prepondera sobre a agravante do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, nos termos no art. 67 do CP. Precedente.*

*3. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/MG, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.*

*4. Prolatado o julgamento condenatório por Tribunal de Apelação e na pendência de recursos especial ou extraordinário, somente casuísticos efeitos suspensivos concedidos - por cautelar ou habeas corpus -, impedirão a execução provisória.*

*5. Aplicam-se, pois, os arts. 637 do CPP e 27, § 2º, da Lei 8.038/90, c/c a Súmula 267 do STJ, autorizando-se o imediato recolhimento do réu para o início do cumprimento da pena.*

*6. Recurso provido para estabelecer a pena em 14 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e determinar o imediato recolhimento do recorrido à prisão, delegando-se ao Tribunal local a execução dos atos, a quem caberá a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento provisório. (REsp 1582728/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 04/05/2016).*

Assim, mantendo-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, deve-se proceder à redução da reprimenda em 6 (seis) meses na segunda etapa de fixação da pena ante a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do artigo 61, II, "h", do Estatuto Penalista, ficando, provisoriamente estabelecida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual deve ser aumentada em 1/3 (um terço) na terceira etapa da dosimetria da pena conforme procedido pelas instâncias ordinárias, ficando, definitivamente, estabelecida em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, os termos do acórdão impugnado.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo**, contudo, a



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

ordem de ofício para determinar a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do crime cometido contra criança e, por conseguinte, redimensionar a pena do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

É como voto.

**Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
Relator





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0180832-8      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **HC 299.760 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 010444113 01044411300000000 10444113 1044411300000000 1402005

EM MESA

JULGADO: 23/08/2016

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE           : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO            : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS  
IMPETRADO            : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE             : RONALDO DA SILVA LINS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

#### **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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.