



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.099 - SP (2016/0008832-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LAIS CRISTINA DE SOUZA
ADVOGADO : LAIS CRISTINA DE SOUZA - SP103323
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO CLAUDIANO DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

4. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

5. "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, gera, via de regra, a sua nulidade", uma vez que cerceado o direito de defesa da parte (HC n. 288.517/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/5/2014)." (RHC 79.148/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 3/5/2017).

6. No caso em exame, não atingida a finalidade do ato e existente evidente prejuízo à ampla defesa, configura-se o vício na intimação e, em consequência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impõe-se a sua nulidade e daqueles atos processuais a ele subsequentes, de modo a se refazer a intimação pessoal do advogado dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o acórdão do recurso de apelação e os posteriores atos, determinando-se a intimação pessoal do defensor dativo, para novo julgamento do recurso defensivo.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.099 - SP (2016/0008832-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : LAIS CRISTINA DE SOUZA
ADVOGADO : LAIS CRISTINA DE SOUZA - SP103323
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO CLAUDIANO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **FERNANDO CLAUDIANO DOS SANTOS**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I e III, do Código Penal, à pena de 17 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado. A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça em sede de apelação.

Neste *writ*, aduz a impetrante "nulidade do julgamento da apelação, tendo em vista que, na qualidade de defensora dativa do réu, não foi intimada pessoalmente da data da sessão de julgamento do apelo. Alega que o mandado de intimação não foi cumprido porque o oficial de justiça diligenciou em endereço diverso do constante da carta de ordem, o que acarretou o insucesso da comunicação e a nomeação de novo defensor dativo" (e-STJ, fl. 194).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, "para ser reconhecida a nulidade do V. acórdão Registro nº 2015.0000505723, proferido pela 8ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como ao artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 e artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal, determinando-se a realização de novo julgamento com a prévia intimação pessoal desta Advogada Dativa, desentranhando-se dos autos o v. acórdão nulo" (e-STJ, fl. 12).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 62-189).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, com a concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 193-196).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.099 - SP (2016/0008832-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : LAIS CRISTINA DE SOUZA
ADVOGADO : LAIS CRISTINA DE SOUZA - SP103323
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO CLAUDIANO DOS SANTOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

4. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

5. "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, gera, via de regra, a sua nulidade", uma vez que cerceado o direito de defesa da parte (HC n. 288.517/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/5/2014)." (RHC 79.148/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 3/5/2017).

6. No caso em exame, não atingida a finalidade do ato e existente evidente prejuízo à ampla defesa, configura-se o vício na intimação e, em consequência, impõe-se a sua nulidade e daqueles atos processuais a ele subsequentes, de modo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a se refazer a intimação pessoal do advogado dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o acórdão do recurso de apelação e os posteriores atos, determinando-se a intimação pessoal do defensor dativo, para novo julgamento do recurso defensivo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Consta nos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I e III, do Código Penal, à pena de 17 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado. A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Criminal.

Neste *writ*, busca a impetrante a nulidade do acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ausência de intimação pessoal da defensora dativa, nos termos dos arts. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 e 370, § 4º, do Código de Processo Penal.

No caso, evidencia-se manifesto constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de ofício.

A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

"O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

Com efeito, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

Há muito, essa Corte assim se manifesta:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERMITIDO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PRORROGAÇÕES. NECESSIDADE COMPROVADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

I - Não se divisa qualquer ilegalidade nas escutas telefônicas, ou nas provas delas derivadas, quando as instâncias ordinárias, de acordo com a complexidade do caso, evidencia a necessidade de sua autorização ou prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais e em estreita observância aos critérios de indispensabilidade e razoabilidade.

II - A declaração de nulidade de ato processual não pode prescindir da demonstração do prejuízo, em face do princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.

III - Não há que se falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando as instâncias ordinárias, apresentando fundamentação concreta, concluem que as circunstâncias do crime revelam sua gravidade concreta, exigindo resposta penal mais contundente.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 567.997/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/8/2016 – grifou-se).

"RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO. QUORUM. MAIORIA. JUÍZES CONVOCADOS. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. MAGISTRADO IMPEDIDO. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO UNÂNIME. QUESITOS. NULIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SEGUNDA APELAÇÃO. MESMO FUNDAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INCABÍVEL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Inviável o conhecimento do recurso especial por violação ao princípio do juiz natural, pois a matéria é de cunho eminentemente constitucional (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88) e não foi indicado o dispositivo violado (Súmula n. 284 do STF).

2. Não tendo sido impugnado por meio de embargos de declaração o pleito de nulidade decorrente de impedimento de magistrado no julgamento colegiado, ausente o prequestionamento. Ademais, o referido óbice, ainda que capaz de promover a nulidade do voto do magistrado, não é suficiente para, por si só, acarretar a nulidade do julgado quando evidenciado que a participação do julgador não foi decisiva para o resultado, como na hipótese, em que o *decisum* foi unânime.

3. A alegação de nulidade por vício na quesitação deverá ocorrer no momento oportuno, isto é, após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo Juiz presidente, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571 do CPP. **Ademais, em matéria de nulidade, aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa.**

4. Esta Casa já pacificou que, embora sejam diversos os argumentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegados nas apelações criminais, interpostas com fulcro na mesma alínea (art. 593, III, "d", do CPP), ou seja, decisão manifestamente contrária à prova dos autos, o segundo recurso encontra óbice no art. 593, § 3º, do CPP, o qual não pode ser flexibilizado pelo Tribunal de origem. Entendimento que atrai o óbice da Súmula n. 83 deste Superior Tribunal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido." (REsp 1.111.241/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 1º/8/2016 – grifou-se)

No caso em exame, conforme informações prestadas pelo TJSP, "foi expedida carta de ordem determinando-se ao Juízo *a quo* a intimação da advogada – com endereço na Avenida Ipiranga, Edifício Fleming II, 1123, República, São Paulo-SP –, da pauta da sessão de julgamento da apelação. Na Vara de origem foi expedido mandado, tendo como endereço indicado na folha de rosto a Avenida Santa Catarina, 1869, sl. 06, Vila Mascote, São Paulo-SP. Dirigindo-se a este endereço, o Oficial de Justiça não localizou a defensora e, diante da certidão de cumprimento negativo do mandado, o Relator determinou fosse oficiado à Defensoria Pública para nomeação de nova Defesa dativa. Nomeada a Dra. Allana Prado Oliveira dos Santos, esta indicou que não atuava em crimes de competência do Tribunal do Júri, sendo então nomeada a Dra. Gabriela de Castro Ianni. Em sessão de julgamento realizada aos 16 de julho de 2015, a Oitava Câmara de Direito Criminal, sem discrepância de votos, negou provimento ao reclamo" (e-STJ, fls. 62-63).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que se aplica ao advogado dativo o mesmo regramento que rege a Defensoria Pública, quanto à necessidade de intimação pessoal.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INJÚRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

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

II - Por outro lado, no âmbito dos Juizados Especiais criminais, não se exige a intimação pessoal do defensor público, admitindo-se a intimação na sessão de julgamento ou pela imprensa oficial (precedentes do STF e do STJ).

Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 79.148/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 3/5/2017).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACÓRDÃO. NULIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89, e artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 9.271/96, é prerrogativa do defensor dativo e do defensor público, ou de quem exerça cargo equivalente, a intimação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoal de todos os atos e termos do processo, sob pena de nulidade.

2. Se a mácula é anunciada em tempo razoável, como sói ser a hipótese dos autos, caracteriza nulidade absoluta, por infringência ao princípio da ampla defesa, a ausência de intimação pessoal do defensor dativo em relação ao acórdão exarado no julgamento de recurso de apelação.

3. Ordem concedida a fim de anular a certidão de trânsito em julgado e, uma vez anulados todos os atos subsequentes, determinar a intimação pessoal da defesa para cientificação dos termos do acórdão." (HC 358.434/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 1º/9/2016).

Desse modo, não realizada a intimação pessoal da advogada dativa da sessão de julgamento do recurso de apelação defensivo, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Ordem concedida** de ofício para anular o acórdão do recurso de apelação e os posteriores atos, determinando-se a intimação pessoal do defensor dativo, para novo julgamento do recurso defensivo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0008832-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 347.099 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00500588720128260001 20150000505723 500588720128260001

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LAIS CRISTINA DE SOUZA
ADVOGADO : LAIS CRISTINA DE SOUZA - SP103323
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO CLAUDIANO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio 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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.