PET no HABEAS CORPUS Nº 474.521 - SP (2018/0273252-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
REQUERENTE : HELLEN PRATES
ADVOGADO : HELLEN PRATES - SP300792
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIAS FELIX DE ANDRADE (PRESO)

DECISÃO

Na presente hipótese, insurge-se a requerente com relação à manutenção da prisão do paciente após a decisão de fls. 76-78, *in verbis:*

> Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSIAS FELIX DE ANDRADE, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 14):
>
> > Apelação Criminal - Tráfico ilícito - Inconformismo das partes - Pleitos defensivos de absolvição por insuficiência de provas ou de desclassificação da imputação para a rubrica do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 - Impossibilidade - Materialidade, autoria, culpabilidade e destinação mercantil do material ilícito apreendido (10 porções de maconha e 32 pedras de crack), demonstradas pelo acervo coligido - Palavras de policiais militares que gozam de credibilidade à míngua de prova idônea em sentido contrário - Crime de tráfico caracterizado que afasta a pretensão desclassificatória - Condenação mantida - Dosimetria - Apelo do Ministério Público - Pedido de majoração das básicas - Inadmissibilidade, in casu - Quantidade e natureza das drogas apreendidas consideradas na terceira fase da dosagem, o que impede a majoração na primeira etapa, sob risco de bis in idem - Afastamento da redução concedida com esteio no § 4º, do art. 33, da lei em tela - Necessidade - Peculiaridades do caso concreto que denotam o exercício da mercancia ilícita de modo reiterado e habitual e consequente vínculo com atividade criminosa - Isenção do pagamento da pena pecuniária - Impossibilidade, por falta de amparo legal - Questão relativa a eventual inadimplência que deverá ser analisada pelo juízo das execuções, a fim de evitar supressão de instância - Gravidade concreta do delito, cujas circunstâncias e consequências justificam a imposição de regime prisional fechado - Condenação confirmada em 2º grau que impõe imediata expedição de mandado de prisão para o início da execução - Precedentes do STJ e STF - Recurso defensivo, não provido - Reclamo da acusação, acolhido, em parte, com determinação.
>
> Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c §4º, da Lei 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.
>
> Sustenta a impetrante, em síntese, nulidade processual por ausência de intimação do Defensor Dativo da data do julgamento do recurso de apelação.
>
> Requer, assim, sejam anulados todos os atos processuais ocorridos após

publicação da data do julgamento do recurso de apelação, para que seja realizada a intimação pessoal do Defensor Dativo.
A liminar foi indeferida às fls. 33.
Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.
É o relatório.
DECIDO.
Busca a impetração a declaração de nulidade do processo a partir da publicação da data de julgamento do recurso de apelação.
Extrai-se das informações prestadas pelo Tribunal *a quo* (fls. 61/62):
Em atenção à solicitação, esclareço que as partes interpuseram apelação criminal contra a r. sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 0001202-34.2015.8.26.0536, da Segunda Vara da Comarca de Bertioga, na qual o ora paciente foi condenado como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 dias-multa.
Recebidos os autos nesta Casa, foram distribuídos, procedendo-se à respectiva publicação, com intimação das partes para manifestarem-se acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º, da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Órgão Especial deste Tribunal.
A Quinta Câmara de Direito Criminal, por unanimidade, aos 04 de setembro de 2018, negou provimento ao recurso da Defesa e deu parcial provimento ao do Ministério Público para afastar a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, fixando as reprimendas em 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, determinada a expedição de mandado de prisão.
Opostos embargos de declaração pela Defesa, foram eles rejeitados pela Turma Julgadora aos 23 de outubro de 2018, sem discrepância de votos.
Informo que há o registro de protocolo de interposição de recurso especial pela Defesa, o qual está em fase de juntada para processamento.
Anoto, por fim, conforme certificado pela Secretaria da Seção de Direito Criminal, que não se verificou a expedição de mandado para intimação pessoal da Defensora dativa da inclusão da sobredita apelação em pauta para sessão de julgamento virtual.[...]

Verifica-se das informações prestadas acima transcritas que, de fato, o Defensor Dativo não foi intimado pessoalmente da data de julgamento da apelação, certificado inclusive pela Secretaria do Tribunal de piso.
Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte, aplica-se ao defensor dativo a regra relativa à defensoria pública, no que se refere à prerrogativa de intimação pessoal de todos os atos do processo. Nesse sentido, confira-se:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO JÚRI. **INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. NECESSIDADE**. PREJUÍZO DEMONSTRADO. ORDEM CONCEDIDA.
> **Nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, é prerrogativa da Defensoria Pública ser intimada pessoalmente de todos os atos do processo. Tal prerrogativa é, conforme a jurisprudência consolidada**

> **desta Corte, estendida aos defensores dativos**.
> As informações prestadas pelo Tribunal de origem dão conta de que, de fato, a defesa designada não foi intimada da data do julgamento do recurso da acusação, ficando, desse modo, impossibilitado de sustentar oralmente. Evidenciado, portanto, o cerceamento de defesa e o prejuízo ao paciente.
> Habeas corpus concedido para anular o acórdão impugnado e determinar a realização de novo julgamento com a efetiva intimação pessoal do defensor dativo ou, conforme o caso, da Defensoria Pública. (HC 324.452/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017.)

Assim, não realizada a intimação pessoal do Defensor Dativo para o julgamento da apelação, imperioso o reconhecimento da nulidade arguida, por cerceamento de defesa. Nesse norte:

> HABEAS CORPUS. CRIMINAL. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR DATIVO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO, IN CASU. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.
> - A jurisprudência pacífica desta Corte tem entendido que a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou Defensor Dativo para a sessão de julgamento da Apelação gera nulidade absoluta do acórdão. Precedentes.
> - Não há falar, in casu, em preclusão temporal da nulidade suscitada. Isso porque, embora a defensora dativa tenha permanecido silente após sua intimação pessoal, em 7.12.2010, quanto ao julgamento do recurso, o paciente, tão logo teve conhecimento da expedição do mandado de prisão em seu desfavor, apresentou sua intenção propor revisão criminal perante a Defensoria Pública, que imediatamente após requerer acesso aos autos, em 28.6.2011 (fls. 338), impetrou o presente mandamus em 15.8.2011.
> - Habeas Corpus conhecido. Ordem concedida para declarar a nulidade do acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal 993.07.069999- 0, a fim de que o referido recurso seja novamente julgado, com a prévia intimação pessoal do Defensor, suspendendo-se, ainda, o mandado de prisão expedido. (HC 216.264/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2014, DJe 12/5/2014.)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para anular o acórdão condenatório e atos posteriores, determinando que seja renovado o julgamento do recurso pelo Tribunal de Justiça, mediante prévia intimação do Defensor Dativo.
Comunique-se.
Publique-se.
Intimem-se.

Veja-se que a prisão não foi objeto de apreciação no presente feito, sendo a questão analisada apenas de nulidade. Neste contexto, cumpre ressaltar que a constatação de nulidade, na presente situação do acórdão condenatório, não conduz ao silogismo automático de revogação da prisão preventiva. A matéria relativa à prisão não foi objeto de análise do Tribunal de origem,então, esse ponto não poderá ser conhecido por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, indefiro o pedido de fls. 82-83.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 13 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator