

25/05/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.788 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : JOSÉ FRANCISCO CABRAL FILHO
IMPTE.(S) : PAULO ROBERTO MICALI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR DATIVO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES. ART. 370, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/1990. ORDEM DENEGADA.

I - A intimação do defensor dativo para apresentação de contrarrazões ao recurso especial ocorreu em data anterior à publicação da Lei 9.271/1996, o que, pela aplicação do princípio do *tempus regit actum*, exclui a obrigatoriedade da intimação pessoal do defensor dativo.

II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o crime de estupro, tanto na sua forma simples como na qualificada é crime hediondo. Precedentes.

III - Não há *bis in idem* no fato de a idade da vítima ser levada em conta para tipificar o crime de estupro pela violência presumida nos termos do art. 224 do Código Penal e também como causa de aumento de pena consoante dispõe o art. 9º da Lei 8.072/1990.

IV - Inexistindo nulidade ou ilegalidade flagrante a ser sanada, não se pode admitir o *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal, ante a verificação do trânsito em julgado do acórdão que tornou definitiva a condenação.

V - Ordem denegada.

A C Ó R D ã O

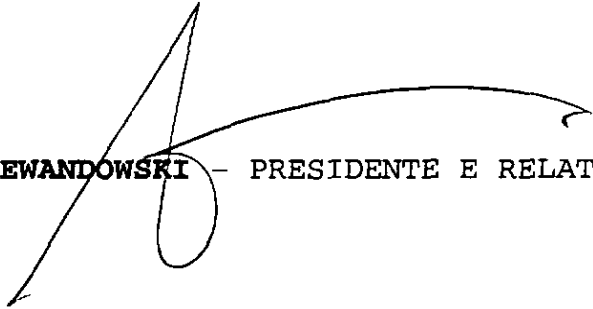
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na



HC 97.788 / SP

conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que deferia em parte apenas quanto ao defensor dativo.

Brasília, 25 de maio de 2010.


RICARDO LEWANDOWSKI - PRESIDENTE E RELATOR

25/05/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.788 SÃO PAULO

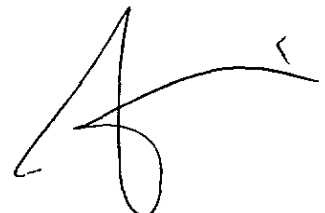
RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE. (S) : JOSÉ FRANCISCO CABRAL FILHO
IMPTE. (S) : PAULO ROBERTO MICALI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado no Superior Tribunal de Justiça por Paulo Roberto Micali, Antonio Augusto de Melo e Francisco Franci Moreira em favor de JOSÉ FRANCISCO CABRAL FILHO, em que apontam como autoridade coatora o Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Inicialmente, este writ foi manejado no Superior Tribunal de Justiça, HC 120.823/SP, não tendo o Relator, Ministro Og Fernandes, conhecido da impetração e determinado a sua remessa para este Tribunal, por entender que a nulidade apontada, se existente, teria sido convalidada por aquela Corte no julgamento do REsp 72.745/SP.

Os impetrantes narram, em suma, que o paciente foi condenado, em 29/5/1992, a seis anos de reclusão por estupro,



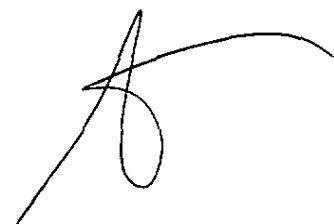
HC 97.788 / SP

praticado com violência presumida (art. 213, combinado com o art. 224, **a**, todos do Código Penal, na redação anterior às alterações promovidas pela Lei 12.015/2009), aumentada de metade, por força do art. 9º da Lei 8.072/1990, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Contra esta sentença o Ministério Público estadual interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso, mas concedeu a ordem de ofício, absolvendo o paciente com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Aduzem, mais, que o *Parquet*, inconformado com o acórdão proferido pela Corte paulista, ajuizou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, o qual deu provimento para restabelecer a sentença condenatória proferida pelo magistrado de primeiro grau.

Alegam, em síntese, a ocorrência de nulidade absoluta em razão de não ter sido dada oportunidade ao paciente de oferecer contrarrazões ao recurso especial, em violação ao princípio constitucional da ampla defesa.



HC 97.788 / SP

Asseveram, também, que o paciente foi preso em 31/5/2007, quinze anos após a prolação da sentença condenatória.

Sustentam, ainda, que a melhor doutrina e o entendimento jurisprudencial majoritário apontam no sentido de que a violência presumida não se enquadra como crime hediondo, o que resultaria na prescrição da pretensão executória.

Isso porque, afastada a causa de aumento da pena prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, teria ocorrido o lapso prescricional de doze anos, já em 2004, considerada a pena-base de seis anos imposta ao paciente, razão pela qual estaria sofrendo constrangimento ilegal.

Requerem, ao final, a concessão da ordem para que seja expedido o competente alvará de soltura em favor do paciente por falta de justa causa na manutenção de sua prisão, em face da superveniência da prescrição da pretensão executória, e da ocorrência de flagrante nulidade processual.

Em 18/2/2009, indeferi a medida liminar, solicitei informações e determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 84-85).

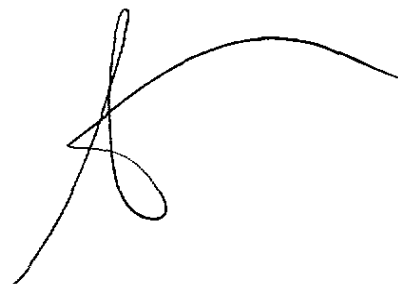


HC 97.788 / SP

As informações foram prestadas às fls. 109-188.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela denegação da ordem (fls. 191-194).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a long, sweeping horizontal stroke that curves upwards at the end.

25/05/2010

PRIMEIRA TURMA

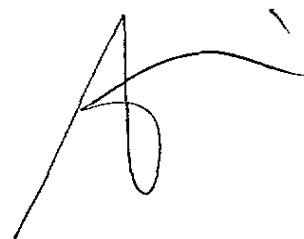
HABEAS CORPUS 97.788 SÃO PAULOV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de denegação da ordem.

Esta impetração, ajuizada onze anos após o trânsito em julgado do acórdão do STJ que restabeleceu a condenação do ora paciente, insurge-se contra a ausência de intimação pessoal do defensor dativo para apresentar contrarrazões ao recurso especial interposto pelo Ministério Público.

É verdade que existe jurisprudência nesta Corte no sentido de que é necessária a intimação pessoal do defensor público, em face de expressa disposição legal. Nesse sentido cito os seguintes julgados: HC 88.672/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, HC 89.190/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, e HC 92.569/MS, de minha relatoria.

Contudo, a partir de uma análise das particularidades do caso em espécie, entendo que se deve chegar à conclusão diversa daquela alcançada nos precedentes citados.



HC 97.788 / SP

Isso porque, à época em que foi interposto o recurso especial não havia necessidade da intimação pessoal do defensor dativo, passando a ser exigida apenas a partir da vigência da Lei 9.271/1996.

Desse modo, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, segundo o princípio do *tempus regit actum*

"somente com o advento da Lei 9.271/1996, que incluiu o § 4º ao art. 370 do Código de Processo Penal, passou a ser exigida a intimação pessoal do defensor dativo. Como o defensor dativo do paciente foi intimado pela imprensa oficial antes da entrada em vigor da Lei 9.271/1996, não há que se falar em nulidade por falta de intimação pessoal para a sessão de julgamento da apelação interposta. Inaplicável o disposto no art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950 (com redação dada pela Lei 7.871/1989), dado que tal dispositivo legal não se refere ao defensor dativo" (HC 90963/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).

No mesmo sentido: HC 91.567/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE; HC 90.964/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO; HC 95.641/SP, de minha relatoria.

No caso sob análise, em razão de não se exigir a intimação pessoal do defensor dativo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu vista à defesa do paciente para



HC 97.788 / SP

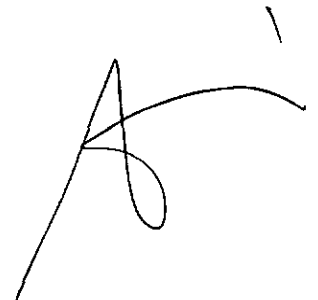
apresentar as contrarrazões, mediante publicação no Diário Oficial em 4/5/1995, conforme certidão de fl. 172.

Assim, não há que falar em nulidade pela ausência de oportunidade para a defesa apresentar a referida peça processual.

Quanto à alegação de que o estupro simples não pode ser qualificado como crime hediondo, também não assiste razão aos impetrantes. É que a jurisprudência sedimentada desta Corte é no sentido de que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples como nas qualificadas, constituem crimes hediondos.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do HC 81.288/SC, Red. p/ acórdão Min. Carlos Velloso:

"EMENTA: - PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CÓDIGO PENAL, arts. 213 e 214. Lei 8.072/90, redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V e VI. I. - Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples - Código Penal, arts. 213 e 214 - como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis 8.072/90, redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V e VI. II. - H. C. indeferido".



HC 97.788 / SP

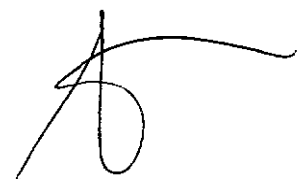
No mesmo sentido: HC 88.245/SC e HC 90.706/BA, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 87.281/MG, de minha relatoria; RHC 82.098/PR, Rel. Min. Ellen Gracie.

Ademais, sendo a vítima menor de quatorze anos, não há como afastar a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/1990.

Ao contrário de que alegam os impetrantes, não há *bis in idem* no fato de a idade da vítima ser levada em conta para tipificar o crime de estupro pela violência presumida nos termos do art. 224 do Código Penal e também como causa de aumento de pena consoante dispõe o art. 9º da Lei 8.072/1990.

Nessa linha, é a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. ATENTANDO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA: VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ACRÉSCIMO DE METADE DA PENA (ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90). INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90): 'As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 213 e ... 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo



HC 97.788 / SP

único... do Código Penal, são acrescidos de metade ... estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.' 2. **A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH).** 3. **Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não ocorrência de bis in idem. Precedentes.** 3. Habeas corpus conhecido, mas indeferido" (HC 74.780/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa - grifos meus).

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: HC 76.004/RJ, Rel. Ilmar Galvão; HC 75.849/SP, Rel. Min. Moreira Alves; HC 78.228/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso.

Por oportuno, destaco, nessa esteira, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

"(...) preceitua o art. 9º da Lei 8.072/90 haver um aumento de metade da pena para quem cometer determinados crimes hediondos contra as pessoas enumeradas no art. 224 do Código Penal. O art. 224 serviu apenas de referência para o legislador indicar quando a reprovação ao ato deve ser mais seriamente considerada, agravando-se a pena. Assim, quem estupra menor de 14 anos tem a pena aumentada da metade. (...) Em nosso entendimento, houve somente a utilização de um mecanismo remissivo para tratar de causa de aumento de pena. O fato de a pessoa não poder consentir



HC 97.788 / SP

validamente, permitindo a tipificação do delito de estupro ou atentado violento ao pudor, não elimina outra consequência distinta, que é o crime sexual ter-se consumado contra a vítima menor de 14 anos".¹

Desta maneira, verificada a correta aplicação da causa de aumento de pena e tendo a sentença condenatória fixado a reprimenda em nove anos de reclusão, encontra-se prejudicada a alegação de ocorrência de prescrição.

Nesse sentido, destaco trecho do parecer do Ministério Público Federal, que bem delineou a inexistência da prescrição no caso:

"E considerando o prazo de dezesseis anos, correspondente à pena de nove anos, e os respectivos termos interruptivos, não há lugar para a prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória (cujo termo inicial é o trânsito em julgado para a acusação: art. 112, I, do Código Penal). O fato é de setembro de 1991; a denúncia foi recebida em 06.11.1991; a sentença condenatória publicada em maio de 1992 (fls. 26); sendo restabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça em 22/10/1996, com provimento do recurso especial da acusação (fls. 177-180). O trânsito em julgado foi certificado em 27.05.1997 (fls. 183). O paciente foi preso em 31.05.2007 (fl. 65)" (fl.194).

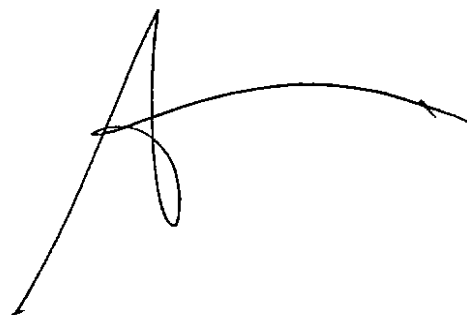
¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 654.



HC 97.788 / SP

Por fim, consigno, que salvo hipóteses excepcionais de evidente teratologia ou de flagrante cerceamento de defesa, que implicam em grave prejuízo para o réu, tenho assentado que o *habeas corpus*, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal.

Isso posto, denego a ordem.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a long, sweeping horizontal stroke that curves slightly upwards at the end.

25/05/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.788 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço vênia quanto à aplicação da lei no tempo, para entender que antes do diploma citado – que realmente incluiu no Código de Processo Penal a formalidade alusiva à intimação pessoal do defensor público ou daquele que lhe faça as vezes – já havia regência a exigir essa mesma intimação pessoal, ou seja, a da Lei nº 1.060/50.

Cito o § 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060/50:

Art. 5º – [...]

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

À época da intimação, para apresentar contrarrazões ao recurso interposto, já se tinha a exigência da forma representada pela intimação pessoal.

Por isso, peço vênia para, nesse ponto, conceder a ordem. No mais, acompanho Vossa Excelência.

25/05/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.788 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, sem querer evidentemente formular uma contradita, mas apenas dizer aos eminentes Pares que não passei batido sobre esta questão, estou invocando vários precedentes da Corte: HC 90.963, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que diz textualmente:

“Sorrente com o advento da Lei 9.271/1996, que incluiu o § 4º ao art. 370 do Código de Processo Penal, passou a ser exigida a intimação pessoal do defensor dativo.”

Cito também outros precedentes: 91.567, da Ministra Ellen Gracie; 90.964, do Ministro Ayres Britto; 95.641, de minha relatoria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, apenas para esclarecer. Não é da redação primitiva da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 50. É da redação decorrente da Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 89. A meu ver, o que houve foi apenas o transporte dessa regência que estava em lei especial para o Código de Processo Penal. Mas, antes já havia a exigência, por isso mantenho o voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, apenas para que nós nos ilustremos. O acórdão que eu cito, do Ministro Joaquim Barbosa, também ataca isso:

“Inaplicável o disposto no art. 5º § 5º, da Lei nº 1.060/1950, (com redação dada pela Lei 7.871/1989), dado que tal dispositivo legal não se refere ao defensor dativo. Ordem denegada.”

É uma controvérsia respeitável, mas existem já precedentes da Corte, como vejo agora, em ambos os sentidos, inclusive agora com esses argumentos de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Defiro em parte, apenas.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 97.788

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : JOSÉ FRANCISCO CABRAL FILHO

IMPTE.(S) : PAULO ROBERTO MICALI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que deferia em parte apenas quanto ao defensor dativo. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 25.05.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Fabiane Duarte
Coordenadora