



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.994 - SP (2009/0143891-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **GLAUBER CALLEGARI - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **GILMAR ABREU DE SOUZA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATO CITATÓRIO REALIZADO NO DIA DO INTERROGATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSORIA PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. ARMA DE FOGO. QUALIFICADORA. PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA.

1. Seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal ressaltando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a realização da citação no dia do interrogatório não implica, por si só, a nulidade do processo, sendo necessária a demonstração do prejuízo, o que não se verificou.

3. Consolidou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual "a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa" (HC 50.180/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 19/6/06).

4. Evolução da interpretação para considerar que tal nulidade é passível de preclusão, nas hipóteses em que não é arguida na primeira oportunidade da defesa de se manifestar nos autos, com a necessária demonstração de prejuízo.

5. No presente caso, verifica-se que a defesa quedou-se inerte até o trânsito em julgado (ocorrido em 15/8/00, enquanto a arguição do vício na intimação para a sessão de julgamento apenas se deu com o ajuizamento da revisão criminal, em 2003), não havendo, pois, tempestivamente, a indispensável impugnação.

6. Na hipótese de haver prova testemunhal afirmando que o acusado teria se utilizado de arma de fogo para perpetrar o delito de roubo, irrelevante, para fins de aplicação da qualificadora, a apreensão da arma ou existência de laudo pericial atestando a sua potencialidade lesiva.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.994 - SP (2009/0143891-3)

RELATÓRIO

MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado por GLAUBER CALLEGARI, Defensor Público do Estado de São Paulo, em favor de GILMAR ABREU DE SOUZA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Revisão Criminal n. 993.03.007752-1.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O impetrante sustenta a nulidade do feito, por ausência de citação do réu, bem como de intimação pessoal da Defensoria Pública para a sessão de julgamento da apelação, o que causou prejuízo ao ora paciente, qual seja, o inadmissível cerceamento de defesa.

Aduz, ainda, caso não seja anulado o processo, a necessidade da diminuição da pena pelo emprego de arma de fogo, afirmando que, "sem a apreensão e a descrição do instrumento, impossível o reconhecimento da majorante em questão" (fl. 07).

Requer, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação até o fim do julgamento do presente *writ*. No mérito, pleiteia o reconhecimento de nulidade do processo, em virtude da ausência de citação do réu ou de intimação do defensor dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação. Alternativamente, pugna pela exclusão da causa de aumento de pena pelo emprego de arma e, por conseguinte, diminuição da pena aplicada ao paciente.

Liminar indeferida às fls. 51/52.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 61/63, acompanhada dos documentos de fls. 64/191.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, às fls. 177/190, ssoopinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 142.994 - SP (2009/0143891-3)

VOTO

MINISTRO GURGEL DE FARIA(Relator):

Inicialmente, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressalvando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.

Postula o impetrante a nulidade absoluta do processo, em virtude da ausência de citação do réu ou de intimação do defensor dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação. Alternativamente, pugna pela exclusão da cauda de aumento de pena pelo emprego de arma e, por conseguinte, diminuir a pena aplicada ao paciente.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Em sede de revisão criminal, o Tribunal Paulista afastou as preliminares de nulidade e confirmou a condenação, sob os seguintes fundamentos (fls. 25/29):

Em primeiro lugar, força é convir que com relação à citação, ciente o réu antes do interrogatório sobre do que se lhe acusava, a rigor encontrar-se-ia preclusão, na medida em que nada se disse quando da defesa prévia, como também nenhuma impugnação à ocasião do art. 500 Código de Processo Penal e, finalmente, quando da apelação.

Interrogado (fls. 55), negou a imputação, e negativa de autoria sempre foi o mote defensivo, onde, então, o prejuízo ao exercício da plena defesa?

A segunda arguição – falta de intimação sobre o julgamento da apelação – merece a mesma análise; prejuízo algum, se algo tivesse que ser mencionado a desoras, por certo aqui, nesta revisional, estaria contido; afinal, o que poderia ter sido apresentado, se intimada a defensoria dativa, no julgamento da apelação, e que aqui não veio?

(...)

Tanto mais que intimada pessoalmente o D. Defesa dativa (PAJ), em 03 07 00 (fls. 161), nenhuma iniciativa foi adotada, sobrevivendo pedido de revisão à instância do próprio réu (fls. 2 desta ação).

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a realização da citação no dia do interrogatório não implica, por si só, a nulidade do processo, sendo necessária a demonstração do prejuízo, o que não se verificou. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DOS ARTS. 157, § 2.º, INCISO II, E 213, C.C O ARTIGO 225, §§ 1.º, INCISO I, 2.º, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CITAÇÃO E INTERROGATÓRIO NO MESMO DIA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE, SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Exsurge dos autos que o Paciente foi citado no dia do interrogatório. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que tal procedimento não acarreta, em si, nulidade, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo. No caso sub judice, antes do ato processual, o Réu teve oportunidade de entrevista com o defensor, o que descaracteriza qualquer vício.

2. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ, 5ª T, HC 208.913/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. LAURITA VAZ, DJe 19/09/2013)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CITAÇÃO EFETUADA NO MESMO DIA EM QUE SE REALIZA O INTERROGATÓRIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. (2) APREENSÃO/PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. MAJORANTE NO ROUBO. DEMONSTRAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MAJORAÇÃO DO ROUBO. INCREMENTO DECORRENTE DE MERA ANÁLISE ARITMÉTICA. SÚMULA 443/STJ. ILEGALIDADE RECONHECIDA. (4) DELAÇÃO PREMIADA. CONTRIBUIÇÃO TIDA POR INSUFICIENTE. NÃO IDENTIFICAÇÃO DO PARADEIRO DO PRODUTO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO NÃO APURADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada a ordem paralelamente à interposição de agravo contra a inadmissão de recurso especial, por meio do qual foi alinhada a mesma insurgência vertida no mandamus. Não é possível se contornar o atendimento dos rigorosos requisitos de admissibilidade do recurso especial, atalhando-se pela impetração do habeas corpus.

2. A compreensão firmada por esta Corte indica que a realização da citação no dia do interrogatório não implica, por si só, a nulidade da ação penal penal, sendo imperiosa a demonstração do prejuízo, o que não se verificou na hipótese.

3. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. In casu, foi destacada a existência de prova oral maciça neste sentido. Ressalva do entendimento da relatora.

4. Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

5. O reconhecimento da delação premiada depende da concorrência dos requisitos de sua admissibilidade. Na espécie, de forma motivada, o Tribunal local, a par de reconhecer a contribuição do paciente na indicação de corréu, não apurou colaboração relevante o suficiente, dado que não foi identificado o paradeiro do produto do crime.

6. Ordem não conhecida, mas expedido habeas corpus de ofício para reduzir a majorante do § 2.º do art. 157 do Código Penal para 1/3. (STJ, 6ª T, HC 145.794/RJ, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 11/12/12)

Quanto à segunda alegação de nulidade, nos termos do art. 5º, § 5º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.871/89, "Nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o defensor público, ou quem exerça o cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos".

Por sua vez, o art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal assegura que "A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal".

Com base nos dispositivos legais acima mencionados, consolidou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual "a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa" (HC 50.180/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 19/6/06).

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu para considerar que tal nulidade é passível de preclusão, nas hipóteses em que não é arguida na primeira oportunidade da defesa de se manifestar nos autos, com a necessária demonstração de prejuízo.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já afirmou, em diversas oportunidades, que a sustentação oral em recurso criminal não constitui ato essencial à defesa (HC 66.315, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 24/2/89; HC 69.429, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 28/5/93; HC 73.839, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 27/3/98; HC 76.970, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 20/4/01; HC 68.369, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 8/3/91).

No presente caso, verifica-se que a defesa quedou-se inerte até o trânsito em julgado (ocorrido 15/8/00 - fl. 140 -, enquanto a arguição do vício na intimação para a sessão de julgamento apenas se deu com o ajuizamento da revisão criminal, em 2003), não havendo, pois, tempestivamente, a indispensável impugnação. Destarte, não há como reconhecer a alegada nulidade, agora, após o trânsito em julgado do *decisum*, uma vez que se encontra sanada, em virtude da preclusão.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DO RECURSO. AUSÊNCIA. EIVA ARGUIDA PELA DEFESA APÓS APROXIMADAMENTE DOIS ANOS DA INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO. PRECLUSÃO. PECULIARIDADE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DA NULIDADE PRETENDIDA.

1. A despeito de acarretar nulidade, por cerceamento de defesa, a ausência de intimação pessoal de Defensor Público para a sessão de julgamento de apelação criminal, pois a legislação processual penal lhe confere tal prerrogativa (art. 5.º, § 5.º, da Lei n.º 1.060/50 e art. 370, § 4.º, do CPP), há hipóteses peculiares em que a preclusão se torna óbice ao reconhecimento da eiva articulada (precedentes do STF e do STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Embora a Defensora Pública que atuou na defesa do paciente não tenha sido intimada pessoalmente para a sessão de julgamento da apelação criminal interposta, da análise dos documentos que instruem o *writ* constata-se que ela foi pessoalmente intimada acerca do respectivo acórdão, não havendo o registro da interposição de qualquer recurso.

3. Assim, observa-se que a *eiva* somente veio a ser invocada quando da impetração do presente *mandamus*, quase dois anos após a ciência do acórdão proferido, o que importa no reconhecimento da preclusão.

4. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, 5ª T, HC 295.721/PA, rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 27/8/14)

1. *Habeas corpus*. 2. Defensoria Pública. Intimação Pessoal. Vício. Nulidade. Princípio da Eventualidade. 3. Verificado o vício quanto à intimação pessoal da Defensoria Pública, o defeito deve ser argüido na primeira oportunidade de manifestação do órgão (arts. 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código Penal). 4. Insubsistência jurídica do pedido de nulidade por falta de intimação do defensor público ante a preclusão, perdendo o Estado o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória transitada em julgado. 5. Ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado. 6. A prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser argüida de ofício em qualquer fase processual. 7. Recurso desprovido. 8. Deferimento da ordem, de ofício, para expedir alvará de soltura, salvo se por outro motivo não estiver preso o recorrente. (STF, 2ª T, RHC 85.847/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 11/11/05)

No tocante à causa de aumento de pena pelo emprego de arma, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de ser prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a sua caracterização (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização.

De fato, na hipótese de haver prova testemunhal afirmando que o acusado teria se utilizado de arma de fogo para perpetrar o delito de roubo, irrelevante, para fins de aplicação da qualificadora, a apreensão da arma ou existência de laudo pericial atestando a sua potencialidade lesiva.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. POSSE OSTENSIVA CAPAZ DE INTIMIDAR A VÍTIMA. EXASPERAÇÃO DA PENA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MERA INDICAÇÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE.

(...)

III - A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento segundo o qual é desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no crime de roubo, para aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada sua utilização por outros meios de prova.

IV - A causa de aumento da pena decorrente do emprego de arma de fogo configura-se com a posse ostensiva ou anunciada do armamento, capaz de efetivamente causar intimidação à vítima, em razão do perigo real que pode ser causado à sua integridade física.

(...)

XI - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao Paciente. (STJ, 5ª T, HC 25.050/RJ, rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJ de 10/6/14)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (3) AFASTAMENTO DO AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO DE AGENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. (5) *WRIT* PREJUDICADO, EM PARTE, NO MAIS NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

3. O afastamento do aumento de pena pelo concurso de agentes demanda necessário revolvimento de provas, fato que não se coaduna com a via estreita do *mandamus*.

4. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço. Ademais, o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto.

5. *Habeas corpus* prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. (STJ, 6ª T, HC 272.145/SP, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 18/8/14)

Dessa forma, não demonstrado o prejuízo sofrido pela defesa em função das alegadas nulidades, bem como do aumento da pena, não há falar em constrangimento ilegal a ser reparado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante tais considerações, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0143891-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 142.994 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1651999

5794583

993030077521

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GLAUBER CALLEGARI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GILMAR ABREU DE SOUZA (PRESO)

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."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.