



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 152.829 - SP (2009/0218849-6)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : **MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **HI BUM LEE**

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU AO ATO DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO.

1. Embora a citação do paciente não tenha ocorrido formalmente, porque não foi localizado, se ele compareceu espontaneamente ao interrogatório judicial, tendo sido nomeado para o referido ato defensor dativo, eventual nulidade encontra-se sanada nos termos do art. 570 do CPP.

2. Segundo entendimento pacificado da Terceira Seção desta Corte, a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde da apreensão da arma e do consequente exame pericial.

3. A lesividade da conduta pode ser comprovada por outros meios, como declarações das vítimas ou depoimentos de testemunhas.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, portanto, reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime fechado ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo Diploma Legal, ainda que se cuide de reprimenda inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 21 de agosto de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 152.829 - SP (2009/0218849-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de HI BUM LEE, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, mais 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em razão de ter subtraído da vítima, mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em dinheiro.

Inconformada, a defesa aviou recurso de apelação à qual foi negado provimento.

Daí a presente insurgência, em que alega o impetrante, inicialmente, a nulidade absoluta do processo em decorrência da ausência de citação do paciente. Alega que, embora o acusado tenha comparecido espontaneamente para ser interrogado, é certo que tal ato não dispensava a necessidade de comunicação prévia e certa do teor da acusação.

Aduz, ainda, que ao comparecer em juízo, o paciente não tinha conhecimento da acusação pendente contra si e que não teve tempo hábil para preparar sua defesa, sequer havendo notícia de que se consultou com sua defensora antes do ato do interrogatório. Postula, por esses motivos, a anulação da ação penal, promovendo-se a citação do acusado.

Subsidiariamente, alega que a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo deve ser afastada, tendo em vista que a suposta arma utilizada no delito não foi apreendida e, portanto, não há laudo pericial que possa confirmar sua potencialidade lesiva.

Por fim, acrescenta que o regime inicial fechado não foi devidamente justificado, devendo ser imposto ao paciente regime menos rigoroso.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denegação da ordem (e-fls. 31/34).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 152.829 - SP (2009/0218849-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Inicialmente, no que tange à preliminar de nulidade aventada na impetração, razão não assiste ao impetrante.

Aduz-se da própria impetração que "no caso em estudo, o acusado ao chegar ao fórum para se informar da acusação que havia contra ele, foi surpreendido com o seu interrogatório e nem mesmo a citação se procedeu naquele ato" (e-fl. 5).

Para melhor compreensão da controvérsia, colaciono o que disse o juiz de primeiro grau ao afastar a configuração de nulidade, por ocasião da prolação da sentença condenatória (e-fls. 10/12):

HI BUM LEE, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque subtraiu, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma, R\$ 80.000,00 da vítima Jhin Moan Lee no dia 4 de junho de 2003, por volta das 13 horas.

De acordo com o que narra a denúncia, a vítima Jhin publica anúncios em jornais da comunidade coreana, para empréstimo ou câmbio de moeda. O réu atendeu a um destes anúncios, marcando com a vítima a troca de US\$ 20.000 em quarto de hotel onde o réu estava hospedado. Quando a vítima ingressou no quarto, trazendo em uma mala R\$ 80.000,00, o réu a ameaçou encostando uma arma de fogo em sua cabeça e amarrou-a, além de vedar sua boca com fita adesiva. Após isso, subtraiu o dinheiro e fugiu do hotel.

Pouco tempo depois, em 1º de agosto de 2003, o réu foi preso em flagrante após responder a novo anúncio publicado pela vítima, em outro hotel, ocasião em que foi apreendida em seu poder uma pistola marca Bereta, calibre 22.

A vítima reconheceu o réu no distrito policial (fls. 23).

Em seu interrogatório na fase policial (fls. 28/29) e em juízo (fls. 82) o réu confessou o crime.

A denúncia foi recebida (fls. 50) e a defesa prévia apresentada (fls. 85).

Foram ouvidas a vítima (fls. 109/115) e, como testemunha de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusação, o investigador de polícia que realizou a prisão em flagrante do réu em outro processo (fls.117/120).

O Ministério Público, em suas alegações finais (fls. 124/128), requereu a condenação do réu, nos termos da denúncia, A defesa apresentou suas alegações (fls. 130/141) requerendo a nulidade do processo pela ausência de citação do réu; no mérito, a absolvição por falta de provas e, subsidiariamente, o afastamento da qualificadora do emprego de arma, a fixação da pena no mínimo legal e de regime diverso do fechado para cumprimento inicial da pena.

Fundamento e decido.

Afasto a preliminar de nulidade do processo por ausência de citação do réu. Ainda que o Código de Processo Penal preveja em seu art. 564, III, "e", a nulidade do processo por falta de citação, o art. 570 prevê expressamente que esta será considerada sanada com o comparecimento do interessado ao ato, ainda que apenas para argui-la. No caso, a despeito de o réu não haver sido localizado para ser citado, compareceu em Juízo e foi regularmente interrogado, como se verifica no auto de fls. 82 e 83, tendo havido a nomeação de defensor dativo para o ato. Não se pode dizer que o réu apenas confessou o crime em seu interrogatório porque não havia sido citado previamente, uma vez que havia tomado a mesma atitude durante o inquérito policial e também nos autos do processo 1225/03, que correu perante a 29ª Vara Criminal, referente a tentativa de idêntico crime, praticado contra a mesma vítima (fls. 89).

Por sua vez, enfrentando o mesmo tema, disse o Tribunal de origem em sede de apelação (e-fls. 18/20):

Inicialmente, de ser analisada a preliminar de nulidade da citação arguida pela combativa defesa.

Como cediço, a finalidade da citação é dar conhecimento ao réu da ação contra si ajuizada.

Logicamente, se ele espontaneamente comparece antes de ser citado, não há mais necessidade de se efetuar a citação, valendo tal comparecimento para suprir a falta de citação, que não mais se justificará.

Deve-se atentar a posição dos ilustres juristas e mestres Pontes de Miranda e Levenhagen, salientando a posição de alguns Tribunais: "...": Como ensina Pontes de Miranda, a falta de citação somente admite uma causa de convalidação do processo: o comparecimento do réu que supre a falta de citação. Se não houve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(portanto inexistiu citação), e o citando (que não foi citado) comparece como se citado tivesse sido, há suprimimento: a comparência do réu, despeito da falta de citação, fica no lugar da citação (supre-se a falta). Temos de atender a que a comparência há de ser na qualidade de réu."..... - Pontes de Miranda.

"No parágrafo primeiro o Código considera sanada a falta da citação se o réu, espontaneamente comparece em juízo e se integra ao processo. Ora, se ele, espontaneamente, já comparece e passa a integrar o processo, obviamente os objetivos da citação Já foram alcançados, não havendo necessidade, portanto, que ela venha a ser promovida"... -Levenhagen.

(...)

E, no caso trazido a julgamento, além de comparecer espontaneamente para Interrogatório, foi-lhe nomeado defensor dativo, oportunidade em que, novamente confessou a prática delitiva, como já havia feito na delegacia, fazendo ainda alusão a ter sido condenado, anteriormente, pelo mesmo fato, em processo que tramitou perante a 29ª Vara Criminal da Capital.

Ademais, de acordo com o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consideram-se sanados eventuais defeitos da citação, se o acusado comparecer a juízo, é interrogado e se defende (RHC 56.195, DJU 19.5.78, p. 3466).

Assim sendo, rejeita-se a preliminar.

Conforme visto, extrai-se dos autos que, embora a citação do paciente não tenha ocorrido formalmente, porque não foi localizado, ele compareceu espontaneamente ao interrogatório judicial, tendo sido nomeado para o referido ato defensor dativo, de modo que a alegada nulidade restou convalidada a teor do art. 570 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art 570 - A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

Diante de tal circunstância, a pretendida nulidade não tem razão de ser, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Logo, levando em conta que o paciente confessou o fato durante o interrogatório realizado em sede policial, vindo a confirmá-lo espontaneamente em juízo, não há que ser alegado qualquer prejuízo em seu desfavor, incidindo perfeitamente, na hipótese, o art. 570 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o magistério de Guilherme de Souza Nucci, que ao comentar sobre o referido dispositivo, destaca que a regularização da falta ou nulidade da citação, intimação ou notificação, funda-se no princípio de que não se declara nulidade por inexistir prejuízo à parte, permitindo o Código de Processo Penal que eventuais defeitos possam ser sanados.

Ora, se o réu, embora não citado, comparece no processo e participa do ato de interrogatório, devidamente assistido por defesa técnica, inexistente razão para a declaração de nulidade, sob o fundamento de que não houve citação.

Na mesma direção, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. VÍCIO DE CITAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EFETIVO.

1. Não havendo omissão a ser suprida no acórdão impugnado, inexistente a alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

*2. O Código de Processo Penal adotou o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente se declara a nulidade quando, além de alegada no momento adequado, for comprovado o efetivo prejuízo.*

3. O comparecimento pessoal do acusado ao seu interrogatório, acompanhado por defesa técnica, afasta a alegação de nulidade do ato por ausência de citação.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.197.551/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 24/4/2012)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CITAÇÃO DO ACUSADO. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPARECIMENTO AO INTERROGATÓRIO. VÍCIO ARGUÍDO SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

I. Na hipótese, a alegação de nulidade decorrente da falta de citação do acusado somente foi arguida em sede de embargos, após o julgamento da apelação criminal. Comprovação nos autos de sua ocorrência.

II. Ademais, o comparecimento do réu ao interrogatório supre eventual nulidade decorrente da falta de citação para responder à ação penal. Precedentes.

III. Ordem denegada.

(HC nº 169941/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, DJe de 14/3/2011)

AÇÃO PENAL Processo. Citação por editais. Alegação de não terem sido esgotadas as providências para localização do réu. Irrelevância. Comparecimento espontâneo deste ao processo, mediante defensor constituído no ato do interrogatório. Exercício pleno dos poderes processuais da defesa. Ausência de prejuízo. Nulidade processual inexistente. Inexistência, outrossim, de vícios de ordem diversa. HC denegado. Também no processo penal, o comparecimento espontâneo e oportuno do réu, mediante defensor constituído, supre a falta ou a nulidade de citação realizada por editais.

(RHC nº 87699/RJ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, DJe de 25/6/2009)

Em relação ao segundo pedido, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Prevalecia nesta Sexta Turma o entendimento de que, para incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, seria indispensável a apreensão da arma, com a posterior perícia, a fim de se constatar sua potencialidade lesiva.

Contudo, em sentido diverso se consolidou a orientação da Terceira Seção desta Casa de Justiça. É de ver que, na sessão realizada no dia 13/12/2010, o referido órgão fracionário, em decisão majoritária, rejeitou os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 961.863/RS.

Com isso, entendeu-se que a caracterização da referida majorante pode ser comprovada por outros meios, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoimento de testemunhas, como na espécie.

Deveras, no caso dos autos, a utilização de arma de fogo restou comprovada pelo depoimento da vítima, bem como pelo testemunho do investigador de Polícia Wilson Roberto Gaggini, senão vejamos (e-fl. 21):

A Vítima Jhin Moon Lee, ouvido em juízo às fls. 109/115, disse que reconheceu o réu como sendo a pessoa que o roubou. Afirmou que anunciou em jornal coreano, que ele tinha dólares para vender, sendo que ele estava em um hotel e lhe ligou. Disse que levou dinheiro para o hotel e o réu apontou uma arma, levando o dinheiro e amarrando-lhe mão e pés. Disse ter marcado outro encontro com o réu e avisado a polícia, ocasião em que o acusado foi preso em flagrante.

O investigador de polícia Wilson Roberto Gaggini, ouvido às fls. 117/120, disse que (...) Quando subiram ao quarto do hotel onde estava o réu, ele já os recebeu com arma em punho, mas lograram êxito em desarmá-lo.

De se ver, ainda, que esse mesmo entendimento foi consolidado no âmbito do Plenário da Suprema Corte.

Veja-se, a propósito, a ementa do *leading case*:

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

III - A qualificadora do art. 157, § 20, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V _ A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI _ Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida.

(HC 96.099/RS, Relator Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 5.6.2009)

Por fim, também não há que se cogitar de fixação de regime menos rigoroso para o início de cumprimento da pena.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, portanto, reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo Diploma Legal.

É exatamente o que ocorre no caso em tela, conforme se depreende do seguinte trecho da sentença penal condenatória (e-fl. 14):

Diante das circunstâncias desfavoráveis do art. 59, manifestadas pela personalidade do agente, já analisada na fixação da pena-base, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena, que também é mais adequado àquele que pratica um crime violento.

Diante de todo o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0218849-6

HC 152.829 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1492003 990080634100

EM MESA

JULGADO: 21/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HI BUM LEE

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.