

Informativo Nº: 0345

Período: 18 a 22 de fevereiro de 2008.

As notas aqui divulgadas foram colhidas nas sessões de julgamento e elaboradas pela Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros, não consistindo em repositórios oficiais da jurisprudência deste Tribunal.

Corte Especial

ANISTIA. CONFIGURAÇÃO. DISSÍDIO.

A Corte Especial negou provimento ao agravo regimental reiterando que o decisório embargado examinou caso submetido à Lei n. 9.140/1995, que reconheceu como mortas e desaparecidas, no período de 2/9/1961 a 5/10/1998, pessoas cujos nomes constavam de uma lista anexa à citada lei, bem como que, só com o reconhecimento oficial da morte dessas pessoas desaparecidas durante a ditadura militar, surgiu o direito de postular indenização, contando-se a prescrição a partir da citada lei. Por outro lado, o paradigma colacionado, a seu turno, examinou um caso de pensão por morte (não de indenização) à luz do art. 8º do ADCT, não cuidando, em nenhum momento, da Lei n. 9.140/1995, nem mesmo a agravante levantou a questão da prescrição. Assim, não há a divergência apontada. **AgRg nos REsp 651.512-GO, Rel. Min. José Delgado, julgado em 20/2/2008.**

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR.

A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, acolheu os embargos, declarando a natureza alimentar dos honorários advocatícios, inclusive daqueles provenientes da sucumbência. **REsp 706.331-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 20/2/2008.**

Segunda Turma

CORTE. ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLENTO. AGÊNCIAS. INSS.

A Turma entendeu que o corte no fornecimento de energia elétrica, quando se trata de pessoa jurídica de direito público, é indevido apenas nas unidades cujo funcionamento não pode ser interrompido, como hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches. No caso, trata-se de agências do INSS localizadas no Estado do Rio de Janeiro, que estão com atraso no pagamento das contas de energia elétrica. Assim, a Turma deu provimento ao recurso para que a recorrente tenha possibilidade de cortar o fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento do usuário. **REsp 848.784-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 9/2/2008.**

COFINS. PRESCRIÇÃO. IMPUTAÇÃO. PAGAMENTO. COMPENSAÇÃO.

A Turma reiterou o entendimento de que, quando o tributo está sujeito ao autolancamento, o Fisco pode homologá-lo expressa ou tacitamente. Não estipulado pela lei um prazo para homologação, ela será de até cinco anos, tendo como termo *a quo* a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN). A extinção do crédito tributário ocorrerá não com o pagamento antecipado, mas com a homologação e, a partir daí, fluirá o prazo de cinco anos para a prescrição (art. 168, I, CTN). Quanto à questão da imputação de pagamento, a Min. Relatora asseverou que essa não pode ser aplicada, pois é própria do Direito Civil e só poderia ser aplicada em matéria tributária se houvesse lei especial autorizadora. Os precedentes do STJ (REsp 951.608-SC, DJ 29/8/2007, e REsp 665.871-SC, DJ 19/12/2005) que afirmam ser pertinente imputar-se o pagamento conforme as regras do Código Civil aos precatórios não servem como paradigmas, pois não se confunde a imputação de pagamento para efeito de precatório com a imputação de pagamento em matéria de compensação, como é o caso

abordado. Assim, a Turma determinou que se proceda à compensação, conforme o art. 74 da Lei n. 9.430/1996, com a redação dada pelas leis posteriores. Precedentes citados: REsp 206.503-SP, DJ 2/8/1999; EREsp 435.835-SC, DJ 26/10/2006; EREsp 644.736-PE, DJ 30/5/2005; REsp 905.337-SP, DJ 24/9/2007, e REsp 968.717-SP, DJ 22/10/2007. **REsp 987.943-SC**, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 19/2/2008.

Terceira Turma

ADMINISTRADOR. CONSTRIÇÃO ILEGAL. BENS.

O recorrente impetrou mandado de segurança contra a decisão do TJ-RS que determinou a indisponibilidade de bens do impetrante na qualidade de membro da administração da empresa falida. No mérito, pugnou pela inaplicabilidade do art. 36 da Lei n. 6.024/1974 ao argumento de que não era mais, ao tempo da quebra, administrador da falida. Inicialmente, a Min. Relatora verificou que o recorrente não era, à época da liquidação extrajudicial decretada pelo Bacen, administrador da empresa falida. Observou, também, que o recorrente não se enquadra na hipótese prevista no art. 36 da mencionada lei, que dispõe sobre a indisponibilidade dos bens dos administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, tendo em vista que se retirou da sociedade no mês de novembro de 1998, e a liquidação foi decretada em 28/3/2001, evidenciando-se, assim, o lapso temporal de 28 meses. O § 1º do art. 36 da Lei n. 6.024/1974 estabelece que a indisponibilidade prevista no *caput* atinge apenas aqueles que estiveram no exercício de suas funções sob intervenção nos doze meses anteriores ao ato que decretou a intervenção, a liquidação ou a falência. Assim, cotejando-se os fatos apresentados aos comandos legais anteriormente declinados, vê-se a incongruência entre a hipótese legal e a moldura fática, o que desautoriza a constrição aplicada aos bens do recorrente. Acrescentou a Min. Relatora que o acórdão recorrido transbordou os limites legais impostos para a análise de mandado de segurança, ao adentrar na seara do direito material perquirido. Isso posto, a Turma, ao prosseguir na renovação do julgamento, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento para reformar o acórdão recorrido, concedendo a ordem para determinar o levantamento da constrição efetuada sobre os bens do recorrente. **RMS 16.880-RS**, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 19/2/2008.

FRAUDE. EXECUÇÃO. CIÊNCIA. AÇÕES.

A questão consiste em saber se a pendência de ação de conhecimento da qual possa decorrer a insolvência do devedor é abrangida pela hipótese prevista no art. 593, II, do CPC. A Min. Relatora ressaltou que a incidência do disposto no mencionado artigo não é automática, isto é, decorrente apenas da alienação na pendência de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência. E, segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, ficou esclarecido que, para existir fraude à execução, é preciso que a alienação do bem tenha ocorrido após registrada a citação válida do devedor ou, então, que o credor prove o conhecimento do adquirente sobre a existência da demanda pendente contra o alienante ao tempo da aquisição (precedente: AgRg no REsp 625.232-RJ, DJ 2/8/2004). Por outro lado, doutrina e jurisprudência têm exigido, nos casos em que inexistente o registro da citação ou da penhora, que ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso ou da constrição. Assim, para a caracterização da fraude de execução, é preciso que a alienação tenha ocorrido depois da citação válida, devendo este ato estar devidamente inscrito no registro, ou que fique provado que o adquirente sabia da existência da ação (precedente: REsp 218.290-SP, DJ 26/6/2000). Todavia, meditando melhor sobre a questão e, principalmente, considerando que esse entendimento acaba por privilegiar a fraude à execução por torná-la mais difícil de ser provada, a Min. Relatora diverge do entendimento acima transcrito quanto à questão relativa ao ônus da prova sobre a ciência pelo terceiro adquirente da demanda em curso ou da constrição. Isso porque o inciso II do art. 593 do CPC estabelece uma presunção relativa da fraude que beneficia o autor ou exequente. Portanto, em se tratando de presunção, é da parte contrária o

ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução (CPC, art. 334, IV), porque, a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu. Caberá ao terceiro adquirente, através dos embargos de terceiro (art. 1.046 e ss. do CPC), provar que, com a alienação ou oneração, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda. De fato, impossível desconhecer-se a publicidade do processo gerada pelo seu registro e pela distribuição da petição inicial (CPC, arts. 251 e 263), no caso de venda de imóvel de pessoa demandada judicialmente, ainda que não registrada a penhora ou mesmo a citação. A partir da vigência da Lei n. 7.433/1985, para a lavratura da escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório dos feitos ajuizados. Não é crível que a pessoa que adquire imóvel (ou o recebe em dação em pagamento) desconheça a existência da ação distribuída (ou da penhora) em nome do proprietário do imóvel negociado. Diante disso, cabe ao comprador provar que desconhece a existência da ação em nome do vendedor, não apenas porque o art. 1º da mencionada lei exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição (precedente: REsp 87.547-SP, DJ 22/3/1999). As pessoas precavidadas são aquelas que subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses. Portanto, tem o terceiro adquirente o ônus de provar, nos embargos de terceiro, que, mesmo constando da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel, não lhe foi possível tomar conhecimento desse fato. Na hipótese, observa-se que o acórdão recorrido é omissivo em relação à existência da prova de que o adquirente, ora recorrente, não tinha conhecimento da ação de indenização ajuizada em face do proprietário do imóvel, ao tempo em que recebeu em dação em pagamento o imóvel em questão. E concluiu a Min. Relatora que, partindo-se da análise fática exposta no acórdão recorrido, a alegação de violação do art. 593, II, do CPC esbarra no teor da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. **REsp 618.625-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/2/2008.**

VENDA. AÇÕES. BOLSA. VALORES. DENUNCIÇÃO. LIDE. PROCURAÇÃO FALSA.

Cinge-se a questão em definir se a empresa responsável pela intermediação da venda de ações na bolsa de valores e a corretora que determina tal venda podem ser denunciadas à lide em ação ajuizada contra a instituição financeira depositária, pelo titular dessas ações, sob o argumento de que a negociação foi realizada sem o consentimento do proprietário, mediante falsificação de procuração. A Min. Relatora esclareceu que a denúncia da lide é determinada com base no art. 70 do CPC, mas, para que seja possível a aplicação do seu inciso III, deve haver lei ou contrato – no caso, o art. 521 do CC/1916 – que obrigue o denunciado a indenizar regressivamente o prejuízo daquele que perder a ação. Na venda de ações escriturais, cuja propriedade é caracterizada por extrato de conta de depósito do titular em instituição financeira depositária que for designada, a corretora deve, previamente ao depósito, obter o bloqueio dos títulos frente ao banco depositário, ato que garante a disponibilidade para negociação. Esse bloqueio é efetivado mediante apresentação, pela corretora, de uma ordem de transferência. Dessa forma, ainda que o banco, na qualidade de depositário das ações, tenha o dever de adotar todas as medidas de segurança para evitar fraudes, o que, a rigor, inclui a conferência de toda a documentação envolvida na venda, tal circunstância não exime a corretora da sua obrigação legal de responder pela legitimidade da procuração necessária à transferência de valores mobiliários, inclusive frente à instituição depositária, para quem apresenta a ordem de transferência e requer o bloqueio das ações a serem negociadas em nome do acionista depositante. A condenação da instituição financeira ré fundou-se no fato de que ela, na condição de depositária, tinha o dever de conferir a autenticidade da procuração supostamente outorgada pelo acionista. A negligência do banco, contudo, não afasta a obrigação da corretora, ora recorrente, de garantir a legitimidade da procuração por ela própria utilizada para requerer o bloqueio, depositar e vender as ações.

Restando incontroverso nos autos que o instrumento de mandato era falso, bem como que, com base nesse documento, foi apresentada a ordem de transferência de ações escriturais, concretiza-se o direito de regresso da instituição depositária frente à corretora. Precedente citado: REsp 70.608-SP, DJ 18/12/1995. **REsp 521.120-RS**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/2/2008.

COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADO ESPECIAL. CONTROLE.

A Turma entendeu que, não obstante ser possível o controle pelo juízo comum da competência dos juizados especiais via mandado de segurança, não é cabível o MS sem a observância das regras de competência de cada Tribunal para conhecimento de tais medidas. Outrossim, ainda que presente o interesse da CEF na causa a ponto de deslocar a competência para a Justiça Federal, não se altera aquela conclusão. Precedentes citados: CC 37.929-AL, DJ 22/2/2004; CC 67.330-MG, DJ 1º/2/2007; CC 73.000-RS, DJ 3/9/2007; CC 73.681-PR, DJ 16/8/2007, e CC 83.130-ES, DJ 4/10/2007. **RMS 24.014-MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/2/2008.

Quarta Turma

BUSCA E APREENSÃO. REVELIA. VISTA. DOCUMENTO.

Discute-se a aplicação da pena de revelia e a nulidade da sentença que se teria amparado em documento cuja vista não foi dada aos réus, ora recorrentes, em ação de busca e apreensão movida por instituição bancária. Explica o Min. Relator que a revelia foi corretamente aplicada; pois, segundo o acórdão recorrido, a contestação é intempestiva, uma vez que, após a citação, houve a retirada dos autos pelo advogado e, só após três meses e meio, eles foram devolvidos com a contestação. Essa demora, segundo o citado acórdão, obstruiu a marcha processual, não permitindo a juntada da carta precatória. Assim, para o Min. Relator, chegar-se à conclusão contrária demandaria reexame fático (Súm. n. 7-STJ). Observa o Min. Relator que o Tribunal *a quo* reconheceu que a parte, em tese, teve acesso aos autos em momento ulterior e nada alegou a respeito. Por outro lado, o documento a que se reportou a sentença, a cuja vista os recorrentes alegam que não tiveram acesso, é uma certidão do cartório atestando a retirada e a restituição desses autos de busca e apreensão pelo advogado dos recorrentes, informação de que já tinham ciência. Para o Min. Relator, afirmar que o causídico fê-lo em nome próprio e não dos recorrentes seria pueril e ele teria praticado a irregularidade de retirar autos de processo do qual não era advogado. Outrossim, não se alegou, em nenhum momento, que a certidão estaria errada ou era falsa; assim, não se configura a hipótese de nulidade da decisão. **REsp 472.554-PR**, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 19/2/2008.

PROTESTO INVÁLIDO. PEDIDO. QUEBRA. EXTINÇÃO. AÇÃO.

É inválido o protesto de título cuja intimação foi realizada no endereço da devedora, contudo sem a identificação de quem a recebeu, pois a intimação pessoal é essencial à higidez do pedido de quebra. Assim, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, extingue-se o processo. Precedente citado: EREsp 248.143-PA, DJ 23/8/2007. **REsp 472.801-SP**, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 21/2/2008.

Quinta Turma

HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. INTIMAÇÃO. NULIDADE.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário em que se alega, entre outras coisas, a falta de intimação do impetrante para a sustentação oral, embora o pedido se encontrasse expresso nos autos. Assim, deveria ser nulo o acórdão que manteve a instauração de ação penal em desfavor dos ora pacientes. A Turma concedeu a ordem ao entendimento de que, havendo o pedido de sustentação oral, é imprescindível seja dada ciência ao impetrante da data em que será colocado o feito em mesa para julgamento, ressaltando que a referida ciência pode ser feita até por meio de informação disponibilizada no sistema informatizado de acompanhamento processual. Precedentes citados do STF: HC

92.290-SP, DJ 30/11/2007; HC 93.101-SP, DJ 22/2/2008; do STJ: HC 88.869-MG, DJ 3/12/2007. **HC 93.557-AM, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 19/2/2008.**

SONEGAÇÃO FISCAL. ADESÃO. REFIS. CONSTRIÇÕES JUDICIAIS. LEVANTAMENTO.

Trata-se de recurso especial contra acórdão que determinou o levantamento de bens sob constrições judiciais ao argumento de que o denunciado encontrava-se amparado pela sua adesão ao Programa de Recuperação Fiscal (Refis), visto que a homologação dessa prescinde de garantias legalmente exigidas, o que ocorreu no caso. A Turma deu provimento ao recurso ao fundamento de que a adesão ao Refis implica a suspensão da pretensão punitiva, e não a extinção da punibilidade, que só ocorre com o pagamento integral dos tributos. Dessa forma, impossibilita-se o levantamento dos bens sob constrições judiciais. Ressalte-se que as garantias prestadas para a homologação da opção pelo Refis possuem natureza administrativa e não podem substituir as medidas judiciais assecuratórias. Precedente citado: REsp. 733.455-RS, DJ 7/11/2005. **RESP 762.072-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 19/2/2008.**

INTIMAÇÃO. SENTENÇA. DESEJO. RECURSO.

Não há qualquer preceito legal que exija, quando da intimação da sentença penal condenatória, que se indague o réu sobre seu desejo de recorrer. **HC 77.964-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/2/2008.**

ECA. PRESCRIÇÃO. MAIORIDADE CIVIL.

É consabido que o instituto da prescrição é aplicável aos atos infracionais cometido por adolescentes, pois as medidas sócio-educativas têm caráter retributivo e repressivo, apesar de possuírem, também, natureza preventiva e reeducativa. Diante da ausência de fixação de um lapso temporal pela sentença, há que se valer do limite máximo de três anos, previsto no art. 121, § 3º, do ECA, bem como dos mesmos critérios necessários à decretação da prescrição da pretensão punitiva do Estado (arts. 109, IV, e 115 do CP). Anote-se que o prazo prescricional não se aperfeiçoou no caso. Obriga-se a considerar a idade do adolescente infrator na data do fato para efeito de aplicação das medidas sócio-educativas constantes do ECA, observado que a liberação obrigatória deve ocorrer não com a maioridade civil, mas apenas quando o menor completar 21 anos, pois o art. 121, § 5º, do ECA não foi revogado pelo CC/2002. Precedentes citados: HC 44.458-SP, DJ 13/2/2006; HC 33.473-RJ, DJ 6/2/2006; RHC 15.905-SC, DJ 3/11/2004; HC 45.567-SP, DJ 17/4/2006; HC 58.178-SP, DJ 25/9/2006; HC 44.168-RJ, DJ 10/9/2007, e HC 30.032-RJ, DJ 2/2/2004. **HC 90.172-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/2/2008.**

Sexta Turma

PROGRESSÃO. REGIME PRISIONAL. EXAME CRIMINOLÓGICO.

É certo que a novel redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP), dada pela Lei n. 10.792/2003, não mais determina a submissão do apenado ao exame criminológico para fins de progressão prisional. Porém, isso não é empeco para que o juízo da execução, em decisão fundamentada, determine sua realização se entender necessário à formação de seu convencimento. No caso dos autos, houve a avaliação psicológica do ora paciente, que revelou ser frágil sua personalidade, com tendência à impulsividade, agressividade, hostilidade, o que demonstra ser ele vulnerável quanto ao retorno ao crime. Em sua avaliação social, vê-se ainda faltarem condições para que se beneficie da progressão de regime, pois há várias ocorrências no meio carcerário que desabonam sua conduta. Dessarte, constata-se que a cassação pelo Tribunal estadual do benefício concedido pelo juízo singular (que desprezou essas avaliações) não sofre a pecha de constrangimento ilegal, é decorrência da própria conduta inadequada do apenado, sopesado que a progressão não é dádiva decorrente do simples decurso do prazo

legal, mas, sim, conquista feita diariamente em busca da liberdade definitiva. Precedente citado do STF: HC 88.052-DF, DJ 28/4/2006. **HC 94.426-RS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), julgado em 19/2/2008.**

EXCESSO. PRAZO. PRISÃO CAUTELAR. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

A Turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu não se aplicar a Súm. n. 21-STJ ao caso em que o recurso em sentido estrito interposto em favor do ora paciente, pronunciado em dezembro de 2005 e preso preventivamente há três anos, ainda aguarda apreciação. Mostra-se evidente o excesso de prazo, quanto mais se a defesa sequer deu causa ao atraso. Anote-se que o co-réu já se encontra em liberdade para aguardar o desenrolar da ação penal. **HC 77.469-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 19/2/2008.**

FURTO QUALIFICADO. RELAÇÃO SUBJETIVA DE CONFIANÇA. QUALIFICADORA.

O furto praticado por agente diarista contratada em função de boas referências, a quem foram entregues as próprias chaves do imóvel enquanto viajavam os patrões, caracteriza, certamente, a forma qualificada prevista no artigo 155, § 4º, II, do CP. **HC 82.828-MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 21/2/2008.**

DESCAMINHO. CONTRABANDO. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA.

O paciente está sendo investigado pelo cometimento, em tese, do crime de contrabando ou descaminho (art. 334 do CP). Mas a Turma denegou a ordem ao argumento de que o princípio da insignificância invocado pela defesa não se aplica ao presente caso. Para a Min. Relatora, o valor de referência utilizado pela Fazenda Pública quanto aos débitos inscritos em dívida ativa da União são cem reais, conforme o art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002 e corresponde ao valor máximo de que o erário está disposto a abrir mão por meio do cancelamento. E, em seu art. 20, diz que, acima de cem reais até o limite de dez mil reais, serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais, porém com a ressalva do parágrafo primeiro de que os autos de execução a que se refere o artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados. O mencionado arquivamento não implica renúncia fiscal, mas, tão-somente, denota a política quanto à prioridade para efeito de cobrança imediata conferida aos montantes mais elevados. Logo, considerando-se que a lesividade da conduta no crime de descaminho deve ser aferida com base no valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas e que os montantes inicialmente apurados excedem em muito o valor de cem reais, não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância. Entendeu a Min. Relatora que o trancamento do inquérito policial pela via do *habeas corpus* representa medida excepcional, admissível tão-somente quando evidenciada, de pronto, a atipicidade dos fatos investigados ou a impossibilidade de a autoria ser imputada ao indiciado, sendo que nenhuma dessas circunstâncias foi efetivamente demonstrada pela defesa. Precedente citado: HC 41.700-RS, DJ 20/6/2005. **HC 66.308-SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 21/2/2008.**

ROUBO. ARMA. APREENSÃO. PERÍCIA.

O impetrante pretende o afastamento da qualificadora do emprego de arma visto não ter sido esta apreendida e periciada. Para a Min. Relatora, se a arma não é apreendida e periciada nos casos em que não se pode aferir a sua eficácia, não há como a acusação provar que ela poderia lesionar mais severamente o bem jurídico tutelado, caso em que se configura crime de roubo por inegável existência de ameaça, todavia não se justifica a incidência da causa de aumento, que se presta a reprimir, de forma mais gravosa, aquele que atenta gravemente contra o bem jurídico protegido. Nos casos em que não há apreensão, mas a vítima e demais testemunhas afirmam de forma coerente que houve disparo com a arma de fogo, especificamente nesse tipo de caso, não é necessária a apreensão e a perícia do objeto para constatar que a arma possuía potencialidade lesiva e não era de brinquedo, uma vez que sua eficácia mostra-se evidente. Contudo, nos demais casos, sua apreensão é necessária. Isso decorre, como afirma a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súmula n. 174 deste Superior Tribunal. A referida súmula que,

anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado democrático de direito, a tônica exegética passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça". Do mesmo modo, não se pode incrementar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico ao se enfrentar a hipótese em exame. Afinal, sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada? Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada? Logo, à luz do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal - o bem jurídico - não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a apreensão e a realização de perícia para se determinar que o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo. Logo, o emprego de arma de fogo é circunstância objetiva e torna imperiosa a aferição da idoneidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e conseqüente elaboração do exame pericial, nos casos em que a eficácia da arma não exsurge incontroversa por outros meios de prova. Isso posto, a Turma concedeu a ordem para decotar a causa de aumento de pena referente ao uso de arma de fogo, aplicando sobre a pena-base a majorante do concurso de pessoas em um terço. Precedentes citados: HC 59.350-SP, DJ 28/5/2007, e HC 36.182-SP, DJ 21/3/2005. **HC 89.518-SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG, julgado em 21/2/2008.**

HC. CONCESSÃO. ANULAÇÃO. PROCESSO. INQUIRÇÃO.

O paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri a 4 anos de reclusão pela prática dos delitos previstos no art. 121, c/c art. 14, II, do CP. Pede a anulação do feito; pois, segundo a tese da defesa, imbuído de violenta emoção, teria atentado contra a vida de seu ex-cônjuge e o seu então namorado, sendo que não foi feito o quesito relativo a tal versão, assim, não teve, durante todo o processo, a efetiva defesa garantida constitucionalmente e no art. 261 e parágrafo do CPP, esse acrescentado pela Lei n. 10.792/2003. A Min. Relatora entendeu assistir integral razão ao paciente quanto a ter ficado sem defesa efetiva durante todo o seu processo. A única testemunha ocular dos fatos não foi ouvida, tendo sido a ausência de sua oitiva o motivo pelo qual o defensor constituído desistiu de continuar a defesa do réu. O defensor nomeado não apresentou recurso em sentido estrito quando o pedido para inquirição de testemunha poderia ser reexaminado pelo Tribunal nem arrolou, na contrariedade, a referida testemunha, bem como, já em plenário, não cuidou de pedir a inclusão de quesito pertinente à defesa. Lembrou a Min. Relatora que, segundo o relato dos autos, a testemunha é imprescindível para o réu que alega que, antes de ele efetuar os disparos, por duas vezes, o namorado de sua ex-companheira tentou atropelá-lo com o veículo no qual se encontrava. Se confirmada sua versão pela testemunha, a pretensão de ver reconhecida a legítima defesa ficaria, em tese, possível de ser reconhecida. Entendeu a Min. Relatora que a omissão feriu o princípio da ampla defesa, constituindo nulidade absoluta, que pode ser reconhecida em qualquer fase do processo e até mesmo depois do trânsito em julgado da condenação. Dizer, como afirmou o Tribunal *a quo*, que as matérias argüidas foram atingidas pela preclusão é fazer tábula rasa do princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa. Isso posto, a Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*. **HC 88.934-PB, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 21/2/2008.**