

Este periódico, elaborado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos incluídos na Base de Jurisprudência do STJ, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência.

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 EREsp 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. **EREsp 706.331-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 20/2/2008.**

CORTE. ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. 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.**

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 Andrighi, 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 contrição. 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 inoccorrência 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 precavidas 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 Andrichi, 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.**

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.**

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 maioria 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.**

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.**