



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**YUUSEI HOSHINO**

**ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A  
RESPEITO DA DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE  
FOGO PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO  
ART. 157, §2º-A, I DO CÓDIGO PENAL**

**FORTALEZA**

**2023**

YUUSEI HOSHINO

ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A  
RESPEITO DA DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE  
FOGO PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO  
ART. 157, §2º-A, I DO CÓDIGO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
parte dos requisitos para a obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Me. Lino Edmar de  
Menezes

FORTALEZA, CE

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

H817a Hoshino, Yuusei.

Análise crítica do entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da desnecessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2º-A, I do Código Penal / Yuusei Hoshino. – 2023.

65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,  
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.

1. Roubo. 2. causa de aumento de pena. 3. arma de fogo. 4. entendimento jurisprudencial.  
I. Título.

CDD 340

---

YUUSEI HOSHINO

ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A  
RESPEITO DA DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE  
FOGO PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO  
ART. 157, §2º-A, I DO CÓDIGO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
parte dos requisitos para a obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Me. Lino Edmar de  
Menezes

Aprovado em 29/06/2023

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Daniel Maia

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao meu Senhor e Salvador, Jesus Cristo,  
por me libertar do império das trevas e me  
transportar para o reino do Seu amor.

À minha tia Korrinha, pelo apoio  
incondicional.

À minha mãe, Alexandrina, por ser o meu  
maior exemplo de força.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Me. Lino Edmar de Menezes, pela excelente orientação.

Aos professores participantes da Banca examinadora, Prof. Dr. Daniel Maia e Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

Aos meus colegas de turma de graduação, pelas reflexões, críticas e sugestões recebidas e, sobretudo, pela amizade.

À minha tia Korrinha, pelo apoio incondicional.

À minha família e, em especial, à minha mãe, por tudo.

E, no fim do sábado, quando já despontava o primeiro dia da semana, Maria Madalena e a outra Maria foram ver o sepulcro.

E eis que houvera um grande terremoto, porque um anjo do Senhor, descendo do céu, chegou, removendo a pedra da porta, e sentou-se sobre ela.

E o seu aspecto era como um relâmpago, e as suas vestes brancas como neve.

E os guardas, com medo dele, ficaram muito assombrados, e como mortos.

Mas o anjo, respondendo, disse às mulheres: Não tenhais medo; pois eu sei que buscais a Jesus, que foi crucificado.

Ele não está aqui, porque já ressuscitou, como havia dito. Vinde, vede o lugar onde o Senhor jazia.

Mateus 28:1-6

## RESUMO

Na prática criminal, é muito comum que as armas utilizadas em roubos como recurso intimidativo não sejam apreendidas e, por conseguinte, periciadas, de modo que a verificação da capacidade dessas armas de realizar disparos não é realizada. Todavia, firmou-se, em sede de jurisprudência dos Tribunais Superiores, que a apreensão e a posterior perícia da arma são desnecessárias para a incidência do art. 157, §2º-A, I, do Código Penal Brasileiro, que prevê um aumento de 2/3 da pena caso o roubo seja realizado com o emprego de arma de fogo. Tendo isso em vista, o objetivo do presente trabalho é analisar se tal entendimento se coaduna com a atual ordem jurídica penal substantiva e adjetiva. Para tanto, faz-se um estudo de natureza qualitativa e quantitativa, que abrange doutrina, legislação e jurisprudência, com escopo descritivo e exploratório. Como resultados, obtêm-se que essa posição jurisprudencial desobedece aos corolários estabelecidos pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal; afronta o art. 158 do Código de Processo Penal, uma vez que faz uma interpretação equivocada do art. 167 do referido código, e se apresenta ilógica quando cotejado com o fixado no Recurso Especial n. 213.054/SP. Por isso, conclui-se que a hodierna jurisprudência deve ser reformada no sentido de determinar a obrigatoriedade da apreensão e da perícia de arma de fogo, para fins de aplicação da causa de aumento de pena do art. 157, §2º-A, I, do Código Penal, devendo ser excluídos, no entanto, os casos em que as provas trazidas ao processo permitam indicar o efetivo acionamento da arma pelo réu.

**Palavras-chave:** roubo; causa de aumento de pena; arma de fogo; entendimento jurisprudencial;

## ABSTRACT

In criminal practice, it is very common for weapons used in robberies as intimidating tools not to be seized and, consequently, not to be subjected to forensic examination, so that the verification of the capacity of these weapons to fire shots is not performed. However, it has been established, in the jurisprudence of the Superior Courts, that the seizure and subsequent examination of the weapon are unnecessary for the application of Article 157, §2°-A, I, of the Brazilian Penal Code, which provides for a two-thirds increase in the penalty if the robbery is committed with the use of a firearm. In light of this, the objective of this study is to analyze whether this understanding aligns with the current substantive and procedural criminal legal system. Therefore, a qualitative and quantitative study is conducted, which encompasses doctrine, legislation, and jurisprudence, with a descriptive and exploratory scope. As results, it is found that this jurisprudential position violates the corollaries established by Article 5, LVII, of the Federal Constitution; it contravenes Article 158 of the Code of Criminal Procedure, as it misinterprets Article 167 of the mentioned code, and it is illogical when compared to the ruling in Special Appeal No. 213,054/SP. Therefore, it is concluded that the current jurisprudence should be reformed in order to determine the mandatory seizure and examination of firearms for the purpose of applying the penalty enhancement provision of article 157, §2°-A, I, of the Penal Code, excluding, however, cases where the evidence presented in the proceedings allows for an indication of the defendant's actual use of the weapon.

**Keywords:** theft; cause of increased sentence; weapon; court precedents.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
Art	Artigo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
HC	Habeas Corpus
MS	Mandado de Segurança

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO PENAL: PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES EM ESPÉCIE.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2</b>	<b>Princípio Da Legalidade.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3</b>	<b>Princípio da Culpabilidade.....</b>	<b>22</b>
<b>2.</b>	<b>TEORIA DA PROVA.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1</b>	<b>Terminologia da Prova .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2</b>	<b>Finalidade da Prova.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3</b>	<b>Objeto da prova .....</b>	<b>29</b>
<b>2.4</b>	<b>Classificação das Provas .....</b>	<b>31</b>
<b>2.5</b>	<b>Meios de Provas .....</b>	<b>32</b>
<b>2.5.1</b>	<b>Das testemunhas.....</b>	<b>34</b>
<b>2.5.2</b>	<b>Do ofendido .....</b>	<b>35</b>
<b>2.5.3</b>	<b>Do interrogatório do acusado .....</b>	<b>37</b>
<b>2.5.4</b>	<b>Do Exame de corpo de delito e das perícias .....</b>	<b>38</b>
<b>2.6</b>	<b>Ônus da Prova .....</b>	<b>41</b>
<b>3</b>	<b>ARMA DE FOGO PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO: HISTÓRICO .....</b>	<b>48</b>
<b>3.1</b>	<b>Corrente subjetiva sobre arma de fogo.....</b>	<b>48</b>
<b>3.2</b>	<b>Corrente objetivista sobre arma de fogo.....</b>	<b>49</b>
<b>4</b>	<b>POSIÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 157, §2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL. ...</b>	<b>52</b>
<b>5</b>	<b>CRÍTICA À POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO NO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO .....</b>	<b>56</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>59</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>62</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O §2º-A, I, do art. 157, do Código Penal, prevê que, caso o roubo seja realizado com o emprego de arma de fogo, o agente terá sua pena aumentada em 2/3 e, além disso, tal delito terá sua hediondez reconhecida, nos termos da Lei 8072/1990. Nessa esteira, percebe-se que o reconhecimento da utilização de uma arma de fogo, não se incluindo a arma de brinquedo) no cometimento de um roubo aumenta consideravelmente a pena do réu e tem impactos significativos no cumprimento da sanção penal.

Nesse contexto, é comum, na prática criminal, que as armas utilizadas pelos acusados não sejam apreendidas e, conseqüentemente, submetidas a exames periciais, a fim de terem as suas aptidões de efetuar disparos conferidas. Por isso, excetuando-se os casos em que o réu acionou a arma, de modo a demonstrar, de fato, que o objeto se tratava de uma arma de fogo com capacidade lesiva, os elementos de informação coletados em sede administrativa e o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal, em geral, quando a arma não é apreendida e periciada, não se apresentam idôneos para assegurar que ela era de fogo.

No entanto, sedimentou-se, em sede de jurisprudência, primariamente no HC 96099/RS - STF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que, nos casos em que a arma do acusado de roubo não é apreendida durante a persecução penal, não é necessária, para a configuração da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, a verificação da sua capacidade de disparos, por meio de laudo técnico pericial, bastando a existência de outros elementos nos autos que comprovem o seu simples emprego como meio intimidativo. Com isso, caso o réu, em Juízo, alegue que a arma portada no momento do crime era de brinquedo, cabe à defesa o ônus de provar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima.

Assim, inquire-se: o entendimento supracitado coaduna-se com a ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e com os princípios basilares do Direito Penal material e adjetivo?

A resposta da indagação mostra sua relevância, sobretudo, devido a posição jurisprudencial adotar a presunção de que o objeto empregado pelo agente para

vencer a resistência da vítima em um roubo será considerado como arma de fogo, a fim de aplicação da referida causa de aumento de pena, todas as vezes que conjunto probatório colhido convença o magistrado que o instrumento utilizado na ação criminosa era parecido com uma arma de fogo, ainda que este não tenha sua aptidão lesiva garantida, o que é contestável pela característica acusatória e democrática do processo penal.

Portanto, o objetivo geral do presente trabalho é avaliar como o sistema jurídico penal assentado pela Constituição Federal e pelos princípios estruturantes do Direito Penal compreende o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da prescindibilidade da apreensão e perícia de objeto para o reconhecimento da causa de aumento de pena por emprego de arma de fogo no delito de roubo.

Com esse fim, foram delineados os seguintes objetivos específicos: exarar os princípios estruturantes do Direito Penal pela ótica da ordem constitucional de 1988; delinear as consequências processuais dos princípios do direito substantivo penal e fixar as características de uma arma de fogo e, ademais, o que é necessário para haja o reconhecimento da sua materialidade, segundo estabelecido pela jurisprudência pátria

Tem-se como hipótese, doravante, que o entendimento sedimentado pelos Tribunais Superiores viola, sobretudo, o princípio da culpabilidade previsto no art. 5<sup>a</sup>, inciso LVII, da Constituição Federal e a distribuição da carga probatória, visto que não se mostra adequado, após uma instrução criminal incapaz de lastrear um juízo de certeza quanto ao emprego de uma arma de fogo, a transferência para a defesa do ônus de provar a inexistência de uma causa de aumento de pena, bem como a admissão de uma presunção para fundamentar o reconhecimento de uma causa de aumento de pena.

Destarte, no presente trabalho foi realizada um estudo, com finalidade descritiva e exploratória, de índole qualitativa e quantitativa, em que se elaborou uma análise bibliográfica e documental da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Nisso, no primeiro capítulo, elenca-se e esmiuça-se os princípios estruturantes do Direito Penal com base em dispositivos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Nisso, para efeitos de estudo e apresentação, utiliza-se os ensinamentos de André Estefam.

No segundo capítulo, faz-se um breve estudo sobre a teoria da prova, o conceito, a finalidade da produção probatória, objeto da prova, classificação, espécies de meio de prova e, especialmente, a distribuição do ônus da prova, de modo a se perquirir o que as partes devem ou podem provar a fim de terem suas pretensões acolhidas em Juízo.

No terceiro capítulo, é verificado o histórico e o conceito da arma de fogo para fins de reconhecimento da causa de aumento de pena em razão do cometimento de roubo armado.

Em seguida, analisa-se detalhadamente qual é a orientação jurisprudencial quando, em um crime de roubo, a arma de fogo não é apreendida e, conseqüentemente, não é submetida a exame pericial a fim de comprovar a sua potencialidade lesiva.

No quinto capítulo, por fim, é realizado a comparação e a análise crítica das regras e princípios da ordem constitucional e infraconstitucional em face da posição firmada pela jurisprudência pátria.

Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta resta respondida com a confirmação da hipótese, indicando que o entendimento dos Tribunais deve mudar a fim de que a apreensão e perícia de arma de fogo passem a serem exigidas, para fins de reconhecimento da causa de aumento de pena relativa ao roubo com emprego de arma de fogo.

## **2 DIREITO PENAL: PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES EM ESPÉCIE**

Segundo André Estefam<sup>1</sup>, os princípios basilares do Direito Penal, à luz da ordem jurídica estabelecida pós-Constituição de 1988, são três: o da dignidade humana, o da legalidade e o da culpabilidade. Desses vetores interpretativos, todos os outros princípios que norteiam a dogmática e a exegese penal são decorrentes.

Portanto, passa-se ao estudo dos três princípios.

### **2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana consagra o ser humano como o centro e o fim último da existência e da atuação do Estado Democrático de Direito, sendo, doravante, a fonte dos direitos humanos e das liberdades individuais, de modo que os atos da Administração Pública e a atuação legislativa, sobretudo, no que tange ao seu aspecto legiferante, devem respeitar e procurar concretizar tal princípio.

Nesse sentido, tem-se o magistério de Paulo Bonavides<sup>2</sup>:

A dignidade da pessoa humana é o valor que confere ao homem uma posição central no sistema jurídico, pois é a partir dela que se estabelecem os critérios de interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nisso, a dignidade da pessoa humana é considerada o princípio-mor da ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, sendo eleita pela Carta Magna como fundamento da República, juntamente à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ao pluralismo político, conforme o art. 1º do citado diploma.

Sobre a sua elevada relevância para o sistema jurídico brasileiro, Gilmar Mendes aduz que "a dignidade humana deve ser respeitada como a norma fundamental, da qual todos os outros direitos fundamentais decorrem."<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1o a 120 . 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v.1. p 227.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 229.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

Nessa esteira, Flávia Piosevan, discorrendo sobre como o princípio traz unidade e razão de ser à ordem jurídica, assevera<sup>4</sup> que “a dignidade da pessoa humana é o valor que confere sentido e unidade a todo o ordenamento constitucional e que, por isso mesmo, serve de fundamento a todo o sistema jurídico-constitucional.”

Em face disso, entende-se que o Direito Penal e o Processo Penal, no plano abstrato e na práxis, devem obedecer à dignidade da pessoa humana como um todo. Assim, desde a edição do projeto de lei até a execução da pena, a Administração Pública, em sentido amplo, precisa se atentar se o princípio da dignidade humana está sendo respeitado.

Ademais, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, a imposição de que o acusado deve ser tratado escorreitamente durante toda a persecução penal, ou seja, desde a fase administrativa até o trânsito em julgado da sentença, sendo assegurado ao réu, dentre outros direitos fundamentais, um julgamento justo, a ampla defesa, o contraditório, o silêncio em interrogatórios, seja em sede inquisitorial, seja em juízo, e a não autoincriminação.

Não por outro motivo, a Suprema Corte chegou a conceder prisão domiciliar, antes da inserção de tal modalidade no Código de Processo Penal, à acusada presa preventivamente em grave estado de saúde<sup>5</sup>:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – RECURSO ORDINÁRIO – PACIENTE RECOLHIDA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO LOCAL – PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE DA SENTENCIADA, IDOSA, QUE SOFRE DE GRAVE PATOLOGIA CARDÍACA, COM DISTÚRBIOS NEURO-CIRCULATORIOS RISCO DE MORTE IMINENTE – COMPROVAÇÃO IDÔNEA, MEDIANTE LAUDOS OFICIAIS ELABORADOS POR PERITOS MÉDICOS, DA EXISTÊNCIA DE PATOLOGIA GRAVE E DA INADEQUAÇÃO DA ASSISTÊNCIA E DO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALARES NO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO A QUE RECOLHIDA A SENTENCIADA-PACIENTE – EFETIVA CONSTATAÇÃO DA INCAPACIDADE DO PODER PÚBLICO DE DISPENSAR À SENTENCIADA ADEQUADO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM AMBIENTE PENITENCIÁRIO – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE A INCLUSÃO DA CONDENADA EM REGIME DE PRISÃO DOMICILIAR – OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA

---

4 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 94.358, Santa Catarina. Ministério Público Federal. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2008. Diário de Justiça. Brasília, 19 mar. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5465010>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

PESSOA HUMANA – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO . - A preservação da integridade física e moral dos presos cautelares e dos condenados em geral traduz indeclinável dever que a Lei Fundamental da República impõe ao Poder Público em cláusula que constitui projeção concretizadora do princípio da essencial dignidade da pessoa humana, que representa um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III, c/c o art. 5º, XLIX). - O réu preso – precisamente porque submetido à custódia do Estado – tem direito a que se lhe dispense efetivo e inadiável tratamento médico-hospitalar (LEP, arts. 10, 11, inciso II, 14, 40, 41, inciso VII, e 43). - O reconhecimento desse direito apoia-se no postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. - A execução da pena em regime de prisão domiciliar, sempre sob a imediata e direta fiscalização do magistrado competente, constitui medida excepcional, que só se justifica – especialmente quando se tratar de pessoa condenada em caráter definitivo – em situações extraordinárias , apuráveis em cada caso ocorrente, como sucede na hipótese de o sentenciado ostentar, comprovadamente, mediante laudo oficial elaborado por peritos médicos designados pela autoridade judiciária competente, precário estado de saúde, provocado por grave patologia, e o Poder Público não dispuser de meios que viabilizem pronto, adequado e efetivo tratamento médico-hospitalar no próprio estabelecimento prisional ao qual se ache recolhida a pessoa sob custódia estatal. Precedentes.

Além disso, o art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, veda a aplicação de pena de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana fixa que o sistema prisional seja humanizado, isto é, que respeite o preso enquanto ser humano e proporcione condições mínimas de vida e saúde, não podendo, à vista disso, o apenado estar privado de sua liberdade em condições anímicas que comprometam sua integridade física ou psicológica.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup> já vedou o recolhimento de presos em contêineres, por considerar tal medida degradante à condição humana. Vide decisão:

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais). 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 142513, /Es (2009/0141063-4). DURVAL ALBERT BARBOSA LIMA É OUTRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Relator: MINISTRO NILSON NAVES. Brasília, DF, 23 de março de 2010. **Diário de Justiça**. Brasília, 10 maio 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/9217220/certidao-de-julgamento-14297464>. Acesso em: 27 jun. 2023.

moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos homens e mulheres estejam presos nas mesmas condições. (STJ - HC: 142513 ES 2009/0141063-4, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 23/03/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2010).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário pode exigir que a Administração Pública implemente melhorias no sistema prisional, a fim de que os apenados tenham condições dignas durante o cumprimento da pena, sem a possibilidade de o Poder Público alegar reserva possível como limite para a execução das melhorias<sup>7</sup>:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

(STF - RE: 592581 RS, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2016).

Ante o exposto, observa-se que o princípio da dignidade humana apresenta um papel central na interpretação da ordem jurídica estabelecida pós-constituição

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 592.581, /Rs. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília0DF, 01 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863995046/inteiro-teor-863995056>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

de 1988, de modo que a adoção de políticas criminais e, por conseguinte, a exegese da dogmática penal deverão respeito a esse princípio.

## 2.2 Princípio Da Legalidade

Por sua vez, o Princípio da Legalidade, que tem sua existência diretamente relacionada com o surgimento do Estado de Direito, possui como seu mote a busca pela limitação do poder punitivo estatal, fixando que nenhuma pessoa poderá ser acusada, nem muito menos sentenciada, por um crime que não está previsto em uma lei prévia com a devida cominação.

Sobre a relação do princípio da legalidade com o Estado de Direito, Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes lecionam<sup>8</sup>:

o Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos - cidadãos - têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.

Em sede constitucional, o princípio encontra-se previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (sendo, portanto, cláusula pétrea), nos seguintes termos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Sobre a essencialidade do princípio para o Direito Penal, Rogério Greco ensina<sup>9</sup>:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.

Decerto, a consequência primária do princípio da legalidade é o desdobramento lógico de que todas as normas penais devem ser prévias ao ato considerado criminoso. Inclusive, como decorrência desse corolário, o art. 4º do Código Penal traz

---

<sup>8</sup> STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do Estado. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001. p. 83-84.

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 144

que a lei penal não retroagirá para prejudicar o acusado, ou seja, somente a lei vigente na época da prática do crime pode ser aplicada, salvo somente se a lei posterior for benéfica ao acusado.

Nessa esteira, Rogério Greco aduz<sup>10</sup>:

“Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (nullum crimen nulla poena sine lege praevia).

Além disso, como decorrência do princípio da legalidade, entende-se que somente a lei escrita pode criar crimes e sanções penais, excluindo-se o direito consuetudinário para fundamentação ou agravamento da pena.

Sobre isso, André Estefam ensina<sup>11</sup>:

É preciso, também, que a incriminação se baseie em lei no sentido formal. Não pode o direito consuetudinário ou o emprego de analogia embasar a punição criminal de um ato, ou mesmo o agravamento das consequências penais de uma infração penal definida em lei. Os usos e costumes, por mais arraigados que possam ser em determinada comunidade, não podem embasar a existência de um crime.

Ademais, o princípio da legalidade exige que as leis penais sejam estritas. Ou seja, para que uma conduta seja considerada um crime, ela deve se subsumir perfeitamente a um tipo penal. Por isso, entende-se que, no Direito Penal, é proibido a analogia *in malam partem*, porque, senão o fosse, esse método de integração do ordenamento jurídico faria com que condutas não previstas em lei fossem utilizadas indevidamente tanto para o reconhecimento de delitos, bem como para a incidência de agravantes e causas de aumento de pena.

Fernando Capez<sup>12</sup>, sobre o tema, afirma:

a lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma consequência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. É que o princípio da legalidade, ao estatuir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que

---

<sup>10</sup> Op.cit. p. 146..

<sup>11</sup> ESTEFAM, André. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 218.

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v.1. p.62.

a lei definisse (descrevesse) a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que somente no caso de integral correspondência pudesse o agente ser punido.

Por fim, o princípio em tela impõe que a lei penal seja certa. Assim, a lei penal deve determinar claramente quais condutas são crimes, não podendo se utilizar de conceitos vagos ou imprecisos. Com isso, o Direito Penal visa impedir que o legislador construa tipos penais genéricos que não entreguem segurança jurídica para os cidadãos daquilo que é ou não lícito.

Guilherme de Souza Nucci, esclarecendo a necessidade de clareza da lei penal, conclui<sup>13</sup>:

A definição legal da infração penal há de ser feita de forma clara e inteligível, para não gerar tipos abertos demais, causando o esvaziamento do princípio da legalidade. O tipo aberto é aquele que depende da interpretação do juiz para ser integralmente compreendido e aplicado. Levando-se em consideração que o direito penal veda o uso da analogia (processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras. Exemplo disso seria a elaboração de um tipo penal enunciando como crime “agir perigosamente contra os interesses da sociedade”. Qualquer conduta, conforme critérios imponderáveis do juiz, poderia encaixar-se nesse preceito, ferindo, obviamente, o princípio da legalidade.

Prestigiando esse princípio, o Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup> já entendeu que, em razão de não estar expressamente prevista em lei, a interceptação não autorizada de sinal de televisão a cabo não deve ser reconhecida como furto:

E MENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO OU RECEPÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SINAL DE TV A CABO. FURTO DE ENERGIA (ART. 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). A DEQUAÇÃO TÍPICA NÃO EVIDENCIADA. CONDUTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 35 DA LEI 8.977/95. INEXISTÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO DE ANALOGIA IN MALAM PARTEM PARA COMPLEMENTAR A NORMA. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL. PRECEDENTES. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrencia do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal. O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na

---

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 242.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97261, /Rs. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de abril de 2011. **Dje**. Brasília, 02 maio 2011. Disponível em: <<https://www.jurisbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/18814808>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia in malam partem), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes. Ordem concedida. (STF - HC: 97261 RS, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 12/04/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-081 DIVULG 02-05-2011 PUBLIC 03-05-2011 EMENT VOL-02513-01 PP-00029).

Desse modo, verifica-se que o princípio da legalidade tem a função de ser um subterfúgio do indivíduo contra uma possível punição arbitrária e inquisitorial do Estado. Por isso, compreende-se toda e qualquer conduta, incluindo-se eventuais agravantes, causas de aumento de pena e qualificadoras, que, democraticamente, se entenda como merecedora de punição na esfera penal deve encontrar residência em uma lei prévia, escrita, estrita e certa.

### **2.3 Princípio da Culpabilidade**

O princípio da culpabilidade, que encontra seu fundamento no art. 5º, inciso XVII da Constituição Federal de 1988, aduz que nenhuma pessoa será condenada por um crime em que o seu dolo ou a sua culpa, após a instrução criminal, não fiquem cabalmente demonstrados, sendo, em face disso, um vetor limitador do poder punitivo do Estado.

A sua importância para a área criminal é tamanha que Amilton Bueno de Carvalho<sup>15</sup> afirma que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana”.

Por esse princípio, busca-se evitar que pessoas sejam apenas por um fato que, primariamente, não foram previstos ou queridos, e nem eram previsíveis, e, obviamente, por um fato a que não deram causa. Assim, entende-se que esse princípio consagra a chamada responsabilidade subjetiva do réu.

Disso, extrai-se cinco corolários.

O primeiro é a necessidade de demonstração de voluntariedade da conduta do acusado. Com o princípio da culpabilidade, fixa-se que a instrução criminal deve fornecer um conjunto probatório firme e robusto capaz de afirmar que o acusado, na

---

<sup>15</sup> BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei, para que(m)?: In: Escritos de Direito e Processo Penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.51

sua conduta, quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo) ou deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (culpa). Caso contrário, a absolvição será a resolução cabível.

Com isso, veda-se a responsabilidade objetiva do acusado, instituto medieval chamado de *versari in re illicita*, que pune o réu pelo resultado a que deu causa, a despeito de ter agido sem dolo ou culpa.

Sob essa perspectiva, a Suprema Corte já concedeu habeas corpus para trancar ação penal que acusava um Deputado Federal de cometimento de dano ambiental por decorrência de obras municipais da época em que o parlamentar havia sido prefeito, em razão de a acusação se subsidiar unicamente no cargo que o Deputado ocupava. Vide a didática decisão<sup>16</sup>:

AÇÃO PENAL. DENÚNCIA MANIFESTAMENTE INEPTA QUANTO AO PARLAMENTAR FEDERAL. AUSENTE IMPUTAÇÃO DE ATO OU OMISSÃO PELA QUAL O RÉU TENHA CONTRIBUÍDO PARA A PRÁTICA DO FATO CRIMINOSO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA: INADMISSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA PELO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO DETENTOR DA PRERROGATIVA DE FORO. PRECEDENTE. CONCESSÃO DE WRIT. 1. A instauração da ação penal requer, para sua configuração legítima, que a peça acusatória preencha os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. 2. A denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta ( HC 88.875, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 09/03/2012). 3. A responsabilidade penal é sempre subjetiva, por isso que é absolutamente inadmissível a atribuição, em sede penal, de responsabilidade objetiva pela prática criminosa, consistente na atribuição de um resultado danoso a um indivíduo, unicamente em razão do cargo por ele exercido. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou a compreensão de que a circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa [...]. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (nullum crimen sine culpa), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do versari in re illicita”, banida do domínio do direito penal da culpa” ( HC 88.875, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 07/12/2010, DJE 09/03/2012, Public. 12/03/2012). 5. In casu, embora a acusação tenha narrado a produção de um dano ambiental decorrente de obras da Prefeitura, este resultado foi imputado ao então Prefeito unicamente em razão do cargo que ocupava à época dos fatos. Deveras, nenhum dos relatórios produzidos pelos órgãos ambientais, tampouco os depoimentos testemunhais sobre os quais a denúncia se apoia, menciona o nome do réu e sua contribuição para a prática do delito. 6. O Procurador-Geral da República, dominus litis, manifestou-se no sentido da concessão de habeas

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação Penal nº 953, Es. Ministério Público Federal. Município de Serra. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de setembro de 2016. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772400904/inteiro-teor-772400914>>. Acesso em: 27 de jun. 2023. grifo nosso

corpus para determinar o trancamento da presente ação penal quanto ao parlamentar federal.

[...]

(STF - AP: 953 ES - ESPÍRITO SANTO 0004575-40.2015.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/09/2016, Primeira Turma, grifo nosso)

Como segunda consequência, tem-se que a peça inicial de acusação (denúncia ou queixa) deve ser individualizada. Pelo princípio em comento, a acusação, seja o Ministério Público, seja o querelante, em sua petição, deve imputar ao acusado uma conduta específica, de modo que fica proibido uma acusação genérica ou vazia, sob pena de inépcia, nos termos do art. 395 do CPP.

Sobre isso, Guilherme Nucci<sup>17</sup>, com maestria, ensina:

“Na realidade, para sustentar o parâmetro constitucional exigido, em homenagem à garantia processual da ampla defesa, abrangendo o direito ao contraditório, formando, pois, o devido processo legal, é óbvio que as peças acusatórias precisam ser claras, objetivas e completas. Não se pode admitir uma acusação genérica quanto a um fato, mencionando-se, por exemplo, que determinada pessoa cometeu um crime, não se sabendo exatamente qual foi, mas podendo ser este ou aquele. Se isso fosse possível, não haveria ampla *defesa*; ao contrário, o ônus da prova passaria ao acusado e seu estado de inocência, outra garantia constitucional, perder-se-ia. O Estado-acusação não pode lançar denúncia genérica quanto ao fato imputado, nem suas circunstâncias, nem pode o Estado-juiz recebê-la (ou mesmo a queixa genérica).”

No entanto, é patente que a jurisprudência entende que, em crimes de autoria coletiva, é possível uma relativização dessa regra. Nesses casos, exige-se somente que a acusação, em sua peça inicial, traga elementos que, pelo menos superficialmente, demonstrem um vínculo entre a conduta dos agentes e o delito. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO (ARTIGO 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DOS RECORRENTES. INOCORRÊNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. 1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída aos recorrentes, devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no

<sup>17</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. A acusação genérica e seus efetivos limites. 21 de fev. de 2015. Disponível em: < <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processopenal/a-acusacao-generica-e-seus-efetivos-limites/>>. Acesso em: 27 de jun. de 2023.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 30930, /Rj. Douglas Patrocínio de Freitas Reis e outros. Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. Dje. Brasília, 23 ago. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC10>>. Acesso em: 27 jun. 2023. Grifo nosso.

seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos recorrentes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes.

[...]

(STJ - RHC: 30930 RJ 2011/0186836-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 13/08/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2013, grifo nosso)

Além disso, pelo princípio da culpabilidade, surge o dever de o agente ter a individualização da pena. Desse modo, impõe-se que o decreto condenatório, no momento da aplicação da pena, deve estabelecer uma sanção, seja qual for a espécie de pena aplicada, proporcional dano causado pelo réu.

Por isso, o Código Penal, no seu art. 59, assevera que o juiz, na dosimetria da pena, atenderá à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecendo o que for necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Como quarto corolário, com o art. 5º, LXII, da Constituição Federal, fica determinado que o acusado não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Por isso, no Processo Penal, o réu, presumidamente não culpado, não deve, em regra, ser privado de sua liberdade ou cumprir uma medida cautelar diversa da prisão. Excepcionalmente, no entanto, aceita-se que, no curso do processo, o acusado seja preso ou cumpra medidas cautelares se houver o preenchimento de alguns requisitos, estabelecidos nos art. 311 ao 320 do Código de Processo Penal.

Sobre isso, Aury Lopes Júnior<sup>19</sup> ensina que o referido princípio implica em dever de tratamento:

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova

---

<sup>19</sup> LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 140/141.

integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

Por fim, deduz-se que o julgador somente pode condenar caso esteja inteiramente convencido da culpa em sentido amplo na prática do delito em juízo. Em eventual dúvida, impõe-se a absolvição (*in dubio pro reo*). Esse corolário apresenta uma importância central para o processo penal, porque ele dá um senso às partes da carga probatória de cada um. Enquanto a acusação (Ministério Público ou querelante) deve trazer, aos autos, um conjunto probatório firme e robusto da alegação feita, a defesa tem a possibilidade de somente levantar uma dúvida razoável sobre a veracidade da alegação realizada. Desse modo, um precisa lastrear um juízo de certeza e autoria, outro gozo da presunção de ser inocente. Sobre isso, Renato Brasileiro de Lima arremata<sup>20</sup>:

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.

Ante o exposto, verifica-se que o princípio da culpabilidade apresenta efeitos tanto na aplicação do Direito Penal, sendo um vetor interpretativo fundamental para as decisões do magistrado, como no desenvolvimento do processo.

---

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p.49.

## 2. TEORIA DA PROVA

### 2.1 Terminologia da Prova

Na linguagem corrente, prova está relacionada a busca por demonstrar que determinada sentença a respeito de um evento é correta, ou seja, de que uma afirmação se verificou no mundo dos fatos. No processo penal, a palavra prova pode ter diferentes acepções, e cada um dos significados possuem relevância.

Em primeira análise, prova pode representar uma atividade probatória, isto é, aquilo que as partes, seja a acusação, seja a defesa, fazem para convencer o juiz das alegações feitas. Sobre essa acepção, Renato Brasileiro de Lima<sup>21</sup> elucida:

identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. Sob esse prisma, pode-se dizer que há, para as partes, um direito à prova (right to evidence, em inglês), que funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação.

Em outro significado, pode-se entender, também, prova como um meio com o qual se demonstra a veracidade daquilo que é sustentado pelas partes. Nisso, cita-se a prova testemunhal. Aliás, foi nesse sentido que o Código de Processo penal asseverou, no art. 155, *a contrario sensu*, que a prova é um instrumento a fim de convencer o juiz:

art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Por fim, prova pode ter significado de resultado, ou seja, pode representar o convencimento à qual o juiz chegou após a atividade probatória. Nisso, Guilherme de

---

<sup>21</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 571

Souza Nucci coloca<sup>22</sup> que “neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.”

## 2.2 Finalidade da Prova

As provas têm a finalidade de convencer o magistrado da genuinidade das alegações feitas em juízo, de modo a conduzir o julgador, diante do conhecimento dos fatos, à aplicação do direito.

Com isso, o que se busca é a demonstração, com a utilização de provas lícitamente obtidas, da verdade processual, redesenhando, nos autos, o máximo possível (porque, indubitavelmente, é infactível o alcance absoluto do passado) o que se realizou no mundo dos fatos.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima<sup>23</sup> leciona:

Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.

Em outros termos, como o processo penal é alicerçado em princípios que buscam garantir a racionalidade e a confiabilidade do juízo penal, resguardando os cidadãos de possíveis arbitrariedades do poder punitivo estatal, as provas surgem com a função de submeter à verificação e expor à refutação as alegações feitas no curso da atividade jurisdicional, a fim de que o magistrado, com o conhecimento dos fatos, não se balizando exclusivamente nos elementos informativos inquisitoriais colhidos na investigação, reconheça e aplique a norma penal.

Por isso, entende-se que o sistema de provas e contraprovas representa a consagração do sistema acusatório no Direito Processual Penal, uma vez que se não existisse, não haveria contraditório e ampla defesa e nem a prolação de decisões fundamentadas.

---

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.683.

<sup>23</sup> LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.p. 574.

Nessa esteira, Luigi Ferrajoli<sup>24</sup> ensina:

“a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. E, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética "verdade substancial", no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do "formalismo", que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis.”

### 2.3 Objeto da prova

Nisso, tendo em vista que a atividade jurisdicional se compõe da cognição dos fatos (trazidos ao processo e devidamente colocados a verificação e refutação), juntamente à reconhecimento do direito pelo juiz, que se presume devidamente instruído<sup>25</sup>, entende-se que, no processo penal, é objeto da prova, em regra, somente as afirmações que interessem para a resolução do processo.

Nessa esteira, coloca Nestor Távora<sup>26</sup> que prova:

É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento.

Entretanto, cabe asseverar que é possível, segundo aplicação analógica do art. 376 do Código de Processo Civil<sup>27</sup>, o magistrado determinar que a parte prove o teor e a vigência de direito alienígena.

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

<sup>25</sup> Assim entende o brocardo *jura novit cúria*.

<sup>26</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 389.

<sup>27</sup> “Art. 376 CPC. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

No entanto, não é necessário que se prove fatos impertinentes ou irrelevantes. Por exemplo, não é preciso que o réu prove qual é o seu programa de televisão predileto.

Além disso, não carece de prova os fatos notórios, assim entendidos aqueles que são de conhecimento de parcela significativa da população, como os fatos históricos (11 de setembro, a morte de Ayrton Senna em 1º de maio de 1994, etc.).

Ademais, não se admitirá que a prova verse sobre fato impossível, ou seja, um fato que viola as leis das ciências naturais.

Ainda, não se defere a prova de fatos cobertos por presunção legal de existência ou veracidade, ou seja, afirmações ou situações que a lei aduz como verídicas absolutamente, como a inimputabilidade do menor de 18 anos. Porém, quanto às presunções relativas, admite-se prova em sentido contrário. Sobre isso, Renato Brasileiro aduz<sup>28</sup>:

Nesse caso, o que ocorre é uma alteração na distribuição do ônus da prova: a presunção dispensa a parte por ela beneficiada do ônus da prova de uma alegação fática que, normalmente, lhe incumbiria (o fato presumido) e atribui à outra parte o encargo de provar o fato contrário. É o que ocorre, por exemplo, com o maior de 18 (dezoito) anos, cuja imputabilidade é presumida, porém pode ser afastada a partir do momento em que laudo de insanidade mental apontar que o acusado não possuía, à época do fato, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

No processo penal, tanto é cristalizado que somente os fatos úteis e relevantes para o julgamento da causa serão objeto da prova que o art. 400, §1º do Código de Processo Penal traz a possibilidade de o magistrado indeferir a produção das consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem a implicação de cerceamento de defesa. Oportunamente<sup>29</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. EXAME GRAFOTÉCNICO. DESNECESSIDADE. FACULDADE DO

---

<sup>28</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 668.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107879, /Sp. Domingo Ferreira de Camargo. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 14 de maio de 2019. Dje. Brasília, 23 maio 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Ao magistrado, no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso. 2. O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva. (HC n. 142.836/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 21/6/2016). 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no RHC: 107879 SP 2019/0029809-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 14/05/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2019).

Outrossim, cabe fazer uma diferenciação entre a produção de provas no processo civil e no processo penal. Naquele, em face do art. 374, inciso II e III, não se impõe a prova em relação a fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária ou admitidos no processo como incontroversos. Neste, no entanto, dados a tutela de um caro bem jurídico, a liberdade, e o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988), requer-se também esforço probatório a fatos incontroversos (ou seja, àqueles que o acusado não contestou) ou admitidos.

Em função disso, o magistrado deve confrontar eventual confissão do acusado com as outras provas do processo, a fim de analisar a coesão do conjunto probatório colhido:

Art. 197 CPP. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

## **2.4 Classificação das Provas**

As provas podem ser classificadas quanto a sua eficácia representativa, quanto ao valor, quanto à origem e quanto à fonte.

No que concerne à eficácia representativa, as provas podem ser diretas (inartificial ou histórica), quando se referem especificamente sobre o fato controverso em juízo, como a oitiva da vítima no crime de roubo, ou indiretas (críticas, oblíquas ou artificiais), quando permitem, por um processo dedutivo, demonstrar o fato que se quer provar, como no caso de uma testemunha que viu o suspeito correndo com uma arma segundo após se ouvir um disparo que matou a vítima.

Quanto ao valor, as provas podem ser plenas (perfeitas ou completas), quando conduzem o magistrado a um juízo de certeza a respeito de um fato, como a certidão de óbito que conduz a extinção da punibilidade do acusado, ou não plenas (imperfeitas ou incompletas), por somente implicarem em um juízo de probabilidade a respeito de determinado fato, como ocorre com a oitiva de testemunhas.

Quanto à origem, as provas se dividem originárias e derivadas. As primeiras se referem as provas que são obtidas sem intermediários entre os fatos e o meio de prova. À título de exemplo, pode-se citar a oitiva das testemunhas de acusação. As últimas surgem quando há intermediadores entre os fatos e os meios de prova. Um exemplo disso é o testemunho do ouvir dizer (hearsay).

Por fim, as provas podem ser classificadas quanto à fonte em pessoais e reais. As provas pessoais têm como nascente o conhecimento de uma pessoa a respeito do fato em juízo. Nisso, pode-se lembrar dos testemunhos, da oitiva de peritos e da confissão do acusado. Por sua vez, as provas reais são aquelas que derivam coisas, como as fotografias, as pegadas, o cadáver e a arma do crime.

## **2.5 Meios de Provas**

Os meios de prova, no processo penal, são os recursos utilizados para demonstrar, direta ou indiretamente, a veracidade das alegações em juízo, com o fim de que o magistrado, após o seu convencimento, solucione a controvérsia.

Por esse ângulo, Paulo Rangel<sup>30</sup> leciona:

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em Lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

Nisso, os meios de prova devem ser diferenciados das fontes de prova e dos meios de obtenção de prova.

As fontes de prova são objetos, pessoas ou coisas, das quais pode se obter uma prova pertinente para a elucidação de um determinado processo. Assim, as vítimas e as testemunhas são consideradas fontes de provas, uma vez que delas pode

---

<sup>30</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 412.

se obter um testemunho a respeito dos fatos. Do conteúdo dos documentos, pode-se extrair informações que sirvam para o convencimento do magistrado.

Os meios de obtenção de prova, por sua vez, representam os procedimentos que são utilizados para se obter provas em relação aos fatos em investigação e, excepcionalmente, em juízo. Nessa toada, tem-se a busca e apreensão de objetos, as interceptações telefônicas, reguladas pela Lei nº 9.296/96, e a infiltração de agentes, presente na Lei nº 11.343/06 (art. 53, inciso I) e na Lei nº 12.850/13 (arts. 10 a 14)

Doravante, em face da busca da verdade processual e da tutela da liberdade dos indivíduos, entende-se que, no juízo penal, há uma ampla liberdade para a produção probatória, salvo no que concerne, por expressa vedação do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao estado das pessoas, em que a lei civil deverá ser observada. Portanto, processualmente, são admissíveis tanto os meios de prova previstos em lei (nominados), como aqueles não disciplinados na legislação (inominados)

Sobre isso, Nestor Távora<sup>31</sup>:

A busca da demonstração da verdade nos faz assumir uma vertente libertária na produção probatória. O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. Podemos, nesse viés, utilizar as provas nominadas, que são aquelas disciplinadas na legislação, trazidas nos arts. 158 a 250 do CPP, e também as inominadas, é dizer, aquelas ainda não normatizadas (atípicas). O princípio da verdade real (verdade processual, *rectius*), iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei, desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento.

No entanto, cabe colocar que a liberdade probatória não é absoluta, visto que, no processo penal, não se admite provas que foram obtidas ou foram fruto da violação de direitos e garantias fundamentais, bem como pelo desrespeito a dispositivos penais e processuais. Nesse sentido, dispõe o caput e o §1º do art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou

---

<sup>31</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 391.

quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Além disso, Guilherme Souza Nucci<sup>32</sup> traz que é imperativo a moralidade e o respeito aos bons costumes na obtenção probatória, caso contrário, como destacado no art. 157 do CPP, deverão ser consideradas imprestáveis e desentranhas do processo:

Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Desse modo, todas as provas que forem obtidas por meios lícitos, sem contrariedade ao ordenamento jurídico, previstos ou não na legislação, serão admitidas no processo penal. Ante a variedade de formas de produção probatória, passar-se-á a análise breve somente de algumas espécies de meios de prova, relevantes para o entendimento do trabalho.

#### 2.5.1 Das testemunhas

Entende-se, por testemunha, toda pessoa física compromissada a dizer a verdade, diversa das partes, chamada perante a autoridade judiciária, para prestar oralmente informações objetivamente, sobre a autoria e materialidade delitiva, bem sobre as circunstâncias do delito, ou seja, a respeito da narrativa do fato passado.

Sobre a prova testemunhal, Renato Brasileiro de Lima<sup>33</sup> ensina:

Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.

Com isso, as testemunhas podem expor, em juízo, o que presenciaram dos fatos (testemunha ocular, um transeunte que viu a vítima tendo seus bens subtraídos), sendo, assim, chamadas de testemunhas diretas, e podem somente informarem aquilo que souberam a respeito de delito, como é comum na oitiva de policiais que atuaram na ocorrência.

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 389.

<sup>33</sup> LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p.661.

Aliás, sobre a oitiva de policiais, é válido destacar que a jurisprudência já sedimentou o entendimento que tais testemunhos são meio de prova idôneos para fundamentar o convencimento do juiz<sup>34</sup>:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. PLEITO PARA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (4 pinos de cocaína, 13 trouxas de maconha e 1 cigarro de maconha), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. “Nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade.” ( AgRg no Resp 1.788.559/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2019, Dje 19/8/2019). 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1840116 SE 2021/0047915-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 15/06/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 21/06/2021)

Nisso, tem-se que, em regra, pelos termos do art. 202 do CPP, qualquer pessoa pode ser testemunha, desde que seja proibida em razão da profissão, função ministério ou ofício que exercem (à título de exemplo, pode-se citar padres, pastores, psicólogos e advogados).

#### 2.5.2 Do ofendido

O ofendido (ou vítima) é a pessoa, física ou jurídica, que teve seu direito supostamente lesado ou colocado em perigo pelo réu. Disso, por ser diretamente interessado na resolução da causa, entende-se que o ofendido não é testemunha, não sendo, em função disso, compromissado a falar a verdade, em que pese a

---

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1840116, /Se. Robson Freire Ribeiro. Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 15 de junho de 2021. **Dje**. Brasília, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>. Acesso em: 27 jun. 2023.

possibilidade de ser acusado de denúncia caluniosa, segundo o art. 339 do Código Penal. Nessa seara, faz-se mister expor sobre a obrigatoriedade da oitiva, o seu valor probatório e a diferença para a inquirição de testemunhas.

Sobre a dispensabilidade da oitiva da vítima, o art. 201 do Código de Processo Penal, aduz que o ofendido sempre, salvo impossibilidade, será inquirido sobre a autoria e materialidade delitiva, bem como pelas circunstâncias em que ocorreu a infração criminosa, sendo cabível ao ofendido indicar eventuais provas. Aliás, a oitiva do ofendido é tão pertinente para a resolução do processo penal que o art. 201, § 1º do CPP prevê a possibilidade de o magistrado determinar a condução coercitiva da vítima devidamente intimada que não compareça a audiência de instrução e julgamento.

De qualquer maneira, dado todo o contexto de vulnerabilidade e vergonha, envolvido em um delito, é imperativo, pelo art. 201, §4º, do referido artigo, a reserva de um espaço separado entre a vítima e o réu antes e durante a audiência.

Além disso, pelo §5º do art. 201, é possível que o ofendido receba atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às custas do Estado e do acusado. O juiz tome as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

No que concerne sobre o seu peso no convencimento do juiz, a oitiva da vítima apresenta valor relativo no processo penal, o que enseja o confronto, pelo magistrado, com o sobejo conjunto probatório colhido em instrução, a fim de se verificar a compatibilidade e concordância da prova.

Um ponto, no entanto, vale sublinhar: em crimes que ocorrem clandestinamente, como os crimes contra a dignidade sexual e os de violência doméstica, a palavra ganha um valor probatório mais acentuado. Sobre isso, tem-se o entendimento cristalizado do Tribunal da Cidadania<sup>35</sup>:

---

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1211243, /CE. C E DE O G. Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. Jorge Mussi.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável. 2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado acerca dos fatos. 4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime. 5. Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRg no AREsp: 1211243 CE 2017/0311378-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 24/04/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 11/05/2018)

Com isso, ao se realizar o cotejo entre a oitiva da testemunha e do ofendido, verifica-se que a primeira é compromissada a dizer a verdade e presta informações somente em relação aos fatos, livre, portanto, de apreciações pessoais, sem a possibilidade de sugerir meios de prova. Por sua vez, não se exige do ofendido o compromisso de dizer a verdade, sendo o possível a este indicar meios de provas e manifestar apreensões subjetivas.

### 2.5.3 Do interrogatório do acusado

O interrogatório é o ato processual em que o réu tem a oportunidade de oralmente dar sua versão a respeito da acusação. Nesse momento, portanto, o acusado pode apresentar o que lhe aprouver (confissão, causas excludentes da ilicitude e culpabilidade, atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento de pena, negativa de autoria e/ou materialidade, etc). Nisso, faz-se relevante conhecer as características do interrogatório e o foro competente para a sua realização.

No que concerne as suas características, o interrogatório mostra-se um ato personalíssimo, isto é, que deve ser realizado pessoalmente pelo acusado; sob a ótica do contraditório, visto que se inicia com as perguntas do juiz<sup>36</sup>, com posteriores questões elaboradas pelas partes; com a presença de uma defesa técnica, uma vez

---

Brasília, DF, 24 de abril de 2018. **Dje**. Brasília, 11 maio 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

<sup>36</sup> Esse sistema em que o acusado é questionado primeiramente pelo juiz e depois pelas partes (Ministério Público e advogado de defesa) é chamado de presidencialista.

que o acusado deve estar acompanhado de seu defensor; em regra, oral<sup>37</sup>; individual, de modo que, caso haja mais de um acusados, cada será ouvido individualmente; em regra, público<sup>38</sup>; e auto determinável, no sentido de o acusado não ser obrigado as perguntas formuladas, podendo, caso queira, fazer uso do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*).

Além disso, sobre o foro competente para a sua realização, é imperativo que o acusado seja ouvido pelo juiz da causa durante a audiência de instrução e julgamento (em regra, ao final da instrução processual, nos termos do art. 400, caput, do CPP). Isso é consequência de a oitiva do julgado ser um momento importante para este pessoalmente e diretamente poder influir na decisão do magistrado julgador. Entretanto, vale dizer: se o acusado residir em outra comarca distante, devido da busca pela economia processual, é possível que seja interrogado por carta precatória.

Sobre a importância do interrogatório do acusado, Renato Brasileiro de Lima<sup>39</sup> arremata:

Representa, na verdade, o momento ótimo do acusado, o seu dia na Corte (*day in Court*), a única oportunidade, ao longo de todo o processo, em que ele tem voz ativa e livre para, se assim o desejar, dar sua versão dos fatos, rebater os argumentos, as narrativas e as provas do órgão acusador, apresentar álibis, indicar provas, justificar atitudes, dizer, enfim, tudo o que lhe pareça importante para a sua defesa, além, é claro, de responder às perguntas que quiser responder, de modo livre, desimpedido e voluntário.

#### 2.5.4 Do Exame de corpo de delito e das perícias

A perícia é o exame realizado por um profissional habilitado no campo do conhecimento técnico e/ou científico, cuja disciplina se encontra nos arts. 158 a 184

---

<sup>37</sup> Os art. 192, 193 e 195 do CPP trazem outras formas de oitiva, em face das limitações do réu. A saber: O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte: ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo. Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete. e o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo.

<sup>38</sup> A Constituição Federal, nos seu art. 5º, incs. XXXIII e LX, asseveram que a publicidade da oitiva do acusado pode ser restringida em caso defesa da intimidade, interesse social no sigilo e imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado. Além disso, o CPP, nos termos do art. 792, §1º, prevê que o interrogatório do acusado, caso provoque possa provocar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem pública podem ser privados.

<sup>39</sup> LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 11. ed.Salvador: JusPodivm, 2022. p. 644.

do Código de Processo Penal, a fim de auxiliar o juiz no entendimento a respeito da autoria e materialidade delitiva, bem como das circunstâncias do crime.

Por conseguinte, a perícia resulta em um laudo composto de 4 (quatro) partes: o preâmbulo, em que há a qualificação do profissional responsável; a exposição, em que o perito descreve tudo o que lhe foi exposto; a fundamentação, no qual são apresentadas as razões técnico-científicas dos resultados obtidos pelo perito, e a conclusão, em que o perito responde aos quesitos apresentados.

Nesse quadro, em regra, segundo o art. 159 do Código de Processo Penal, a perícia é realizada por um perito oficial, ou seja, profissional que integra o quadro servidores do Estado, portador de diploma de curso superior. No entanto, caso o objeto de investigação seja complexo, de modo que exija conhecimento de mais de uma área do saber, é possível que seja designado mais de um perito, nos termos do art. 159, §7º, do CPP. Além disso, admite-se, na situação de não haver perito oficial disponível, que duas pessoas idôneas e com formação superior preferencialmente na área específica (art. 159, §1º, do CPP) sejam nomeadas.

Sobre sua vinculação, entende-se que o magistrado não fica adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, devendo somente motivar a rejeição.

Nisso, das mais variadas espécies de perícia, destaca-se relevante, para o presente trabalho, o exame de corpo de delito. Este é a perícia dos vestígios materiais de uma infração penal. Com isso, o exame pode envolver tanto coisas, como pessoas que possam indicar o modo de execução, o tempo do crime e sua autoria. Desse modo, as cápsulas de um projétil, a camisa com sangue da vítima, o cadáver, o obstáculo rompido, o sêmen do acusado, em suma, tudo que goze de palpabilidade pode ser objeto de exame de corpo de delito.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima<sup>40</sup>:

O exame de corpo de delito é uma análise feita por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos sobre os vestígios materiais deixados pela infração penal para comprovação da materialidade e autoria do delito. Como o magistrado não é dotado de conhecimentos enciclopédicos, e se vê

---

<sup>40</sup> LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.p. 632.

obrigado a julgar causas das mais variadas espécies, afigura-se necessário recorrer a especialistas, os quais, dotados de conhecimentos específicos acerca do assunto, podem auxiliar o juiz no esclarecimento do fato delituoso.

Nessa esteira, o exame, que se encontra disciplinado no Código Penal dos arts. 158 ao 184, pode ser classificado como direto, quando realizado no próprio corpo de delito, e indireto, quando feito em elementos derivados do corpo de delito, como as imagens de videomonitoramento, as fotografias e a ficha médica da vítima.

Sobre sua obrigatoriedade, o art. 158 do Código de Processo Penal impõe:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Dessa forma, tem-se que, se o crime for não transeunte, isto é, que deixou vestígios, o exame de corpo de delito será indispensável para que o juiz julgue a materialidade da infração, de maneira que a sua ausência (seja pelo desleixo em não se realizar o exame direto, seja pela falta de análise indireta) importa em absolvição do réu e, em caso de condenação, implica em nulidade absoluta do processo, nos termos do art. 564, III, b, do CPP.

Por isso, entende-se que a juntada do exame deve ocorrer até o julgamento do processo, sendo prescindível, no entanto, para o recebimento da denúncia<sup>41</sup>.

Sobre isso, Nestor Távora<sup>42</sup> ensina:

“Já quanto à admissibilidade da inicial acusatória, nada impede, nas infrações que deixam vestígios, que a denúncia ou a queixa sejam recebidas sem estar acompanhadas pela prova pericial. Isso se deve porque o exame pode ser realizado no curso do processo. Contudo, se a lei exigir como condição de procedibilidade ao início do processo a prévia realização do laudo, a sua presença lastreando a denúncia ou a queixa será obrigatória. Caso contrário, a exordial deve ser rejeitada. É o que ocorre com as infrações contra a propriedade imaterial que deixam vestígios (art. 525, CPP). O mesmo acontece na Lei no 11.343/2006 (tóxicos), onde o laudo de constatação é requisito essencial para a lavratura do flagrante e para a oferta da denúncia (art. 50, § 10).”

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, já se manifestou o STJ: De acordo com o artigo 158 do Código de Processo Penal, "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". 2. O Ministério Público pode deflagrar a ação penal sem o exame de corpo de delito e de balística esteja anexado aos autos, permitindo-se que a sua juntada seja feita durante a instrução processual. 3. Para que haja justa causa para a persecução penal, não se exige a comprovação cabal da prática do crime, mas a presença de um lastro probatório mínimo que revele a sua ocorrência. STJ - HC: 265839 BA 2013/0060508-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 13/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2014

<sup>42</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 858/859.

Nada obstante, o CCP, no art. 167, prevê que, caso os vestígios do crime desapareçam, impossibilitando a realização do exame de corpo de delito, a prova testemunhal poderá supri-lo, subsidiando, porventura, o reconhecimento da materialidade delitiva.

Contudo, vale colocar: o desaparecimento dos vestígios não pode decorrer por culpa da acusação ou dos órgãos de investigação, bem como de eventual vítima, uma vez que, se assim fosse, a persecução penal adquiriria contornos inquisitoriais, dado que o exame de corpo também é interesse da defesa.

Nessa toada, Vicente Greco Filho<sup>43</sup> ensina:

Para que a substituição do exame pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas não imputáveis aos órgãos de persecução penal. O exemplo clássico da prova do corpo de delito indireto é o do homicídio com o corpo jogado ao mar, não sendo possível o exame necroscópico. Se, porém, os vestígios desapareceram em virtude de inércia, inclusive a burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova testemunhal não pode ser carreada ao acusado. Assim, se a vítima de um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constata mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. O art. 167 do Código de Processo Penal, como uma exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.

## 2.6 Ônus da Prova

Do princípio da culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da CF, discute-se a quem cabe comprovar a culpa do acusado, ou seja, quem dos sujeitos processuais deve trazer aos autos elementos que demonstrem que o réu praticou um fato típico, ilícito e culpável ou não.

Sobre a questão, surgem duas correntes.

---

<sup>43</sup> GRECO FILHO, Vicente Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308.

A primeira, encabeçada pela maioria da doutrina<sup>44</sup> e amplamente aceita pelos Tribunais Superiores<sup>45</sup>, compreende que cabe a acusação produzir um juízo de certeza no magistrado quanto a existência de fato típico, a autoria ou participação, a relação de causalidade e o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), bem como a incidência de qualificadoras, agravantes e causas de aumento de pena. À defesa, por sua vez, para essa corrente, cumpre trazer elementos excludentes da ilicitude e/ou da culpabilidade e extintivos da punibilidade, bem como demonstrar as atenuantes e as causas de diminuição de pena.

Essa corrente assim entende com base no critério estabelecido no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, segundo o qual se coloca ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, ocorrendo, portanto, uma integração analógica da processualística civil a processualística penal. Do mesmo modo, fazendo referência ao art. 373, II, do CPC, que atribui ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, indigita-se à defesa a carga da prova das suas alegações no processo penal.

---

<sup>44</sup> Tourinho Filho ensinava: “Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação. Se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor... Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal . 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 238). Por sua vez Hélio Tornaghi aduzia: Portanto, o sentido do art. 156 deve ser este: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil (art. 333, I e II) (TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I, p. 308). Por fim, o mestre Adalberto José Camargo Aranha concluía: “Conclusão final: à acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (stricto sensu); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade e eventuais excludoras da culpabilidade. Resumindo: a) A cada uma das partes compete o ônus de fornecer as provas das alegações que fizeram. b) Em regra, ao autor compete a prova dos fatos constitutivos, enquanto ao réu a dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. c) O juiz pode determinar, de ofício, as diligências probatórias que entender necessárias para a apuração da verdade. Em segunda instância tal princípio só prevalece desde que a prova resultante não importe em violação do princípio da proibição da reformatio in pejus, quando houver recurso exclusivo da acusação.” (ARANHA, Adalberto José Camargo. Da prova no processo penal . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15).

<sup>45</sup> Vide STJ - AgRg no HC: 458917 SC 2018/0171605-0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2018 e STF - AP: 1032 DF 0006176-81.2015.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 22/04/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/05/2022

Além disso, como fundamento a essa linha, faz-se referência ao art. 156, caput, do CPP, pelo qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Por esse entendimento, outrossim, a acusação, com a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, tem a incumbência de provar, somente a prática de um fato típico pelo acusado, não necessitando, por outro lado, trazer aos autos nenhum conjunto probatório que demonstre os outros dois substratos do crime (a ilicitude e a culpabilidade).

Isso porque a comprovação de um fato típico teria como decorrência a presunção relativa de que a conduta praticada pelo agente contraria o sistema jurídico em vigor, ou seja, tem caráter ilícito. Essa presunção, vale colocar, é fruto da adoção da teoria indiciária ou da *ratio cognoscendi* de Max Ernst Mayer. Para essa teoria, a tipicidade tem a função de indício da ilicitude, a qual somente é afastada com comprovação de causa excludente, uma eximente. Sobre os efeitos do acolhimento da referida teoria, Cléber Masson<sup>46</sup> ensina:

“Sua utilidade prática repousa na inversão do ônus da prova no tocante às causas de exclusão da ilicitude. Em outras palavras, à acusação basta demonstrar a tipicidade do fato, pois desponta como a sua ilicitude. Em síntese, o fato típico presume-se igualmente ilícito. Mas esta presunção é relativa e, se a defesa invocar uma discriminante (estado de necessidade, legítima defesa etc.), a ela competirá o ônus de provar a sua tese.”

Ainda, para subsidiar esse pensamento, a corrente entende que o art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência, mostra que a tipicidade é somente um indício de antijuridicidade, que pode ser afastada com a presença de uma fundada dúvida a respeito de uma causa excludente (*in dubio pro reo*).

Ademais, no que concerne ao elemento psicológico, há um entendimento minoritário, capitaneado por Júlio Fabbrini Mirabete, que afirma que, caso a acusação, após a instrução processual, logre êxito em demonstrar a existência de fato típico, a

---

<sup>46</sup> MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo: MÉTODO, 2022. v. 1. p.230.

autoria ou participação e a relação de causalidade, caberá a defesa provar que o réu não agira dolosamente, havendo, dessa forma, dolo presumido. Para o autor referido, incumbirá a acusação a prova de elemento psicológico somente em crimes culposos. Senão, vejamos<sup>47</sup>:

Compete ao acusador também a prova dos elementos subjetivos do crime. Deve comprovar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposos: imprudência, negligência ou imperícia; bem como o dolo que, no mais das vezes, é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário.

No entanto, como colocado, tal posição é minoritária e muito criticada, em razão de ferir o princípio da culpabilidade e consagrar a responsabilidade objetiva do acusado.

Resumindo, a primeira corrente entende que cabe à acusação demonstrar a tipicidade da conduta do acusado, bem como eventuais agravantes, causas de aumento de pena e qualificadoras, produzindo no magistrado um juízo de certeza quanto à alegação feita. A defesa, por sua vez, quando fizer sustentar causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, causas extintivas da punibilidade, atenuantes, causas de diminuição de pena e privilegiadoras, tem o ônus de trazer aos autos um conjunto probatório que subsidie uma fundada dúvida no magistrado.

Nada obstante, uma segunda corrente minoritária, que tem como expoentes Renato Brasileiro de Lima e Aury Lopes Júnior, entende, à luz do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>48</sup> e da consagração do sistema acusatório no processo penal<sup>49</sup>, que quando o art. 156, caput, do CPP aduz que a prova da alegação cabe a quem a fizer deve ser entendido que, caso o Ministério Público, nas ações penais públicas, ou o querelante, nas ações penais privadas, acuse o réu de ter cometido um

---

<sup>47</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, 18º ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 258.

<sup>48</sup> Aury Lopes Júnior assevera: "A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – nemo tenetur se detegere)." LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 589.

<sup>49</sup> Paulo Rangel defende: "Há que se interpretar a regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois se é cediço que a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB) e que, para que se possa perdê-la, dever-se-á observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é afastado da persecução penal, dando-se ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia." RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.448.

crime, os três substratos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) devem ser devidamente provados. Desse modo, para essa corrente a carga probatória reside integralmente na esfera da acusação.

Nesse sentido, ensina Aury Lopes Júnior<sup>50</sup>:

Devemos destacar que a primeira parte do art. 156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência. O dispositivo determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Mas a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e a materialidade; logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito.

Por isso, para essa linha de entendimento, caso a defesa sustente que o acusado não agiu com dolo ou que agiu sob o pálio de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, é papel da acusação provar que tal alegação é inverídica por meio de uma prova positiva, havendo, assim, para a defesa somente uma faculdade probatória.

Disso, caso a defesa alegue, em uma acusação de homicídio, que o réu agiu em legítima defesa, segundo essa corrente, cabe ao Ministério Público provar que o acusado usou imoderadamente dos meios necessários ou que a agressão da qual este estava se defendendo não injusta ou que não se tratava de uma agressão atual ou iminente, a direito do réu ou de outrem.

O mesmo entendimento persiste em caso de álibi, ou seja, na situação da defesa negar indiretamente a participação do réu no delito. No seu sentir, Paulo Rangel leciona<sup>51</sup>:

A título de exemplo, se o Ministério Público narra, na denúncia, o fato chamado “matar alguém” com descrição do modus operandi e todas as circunstâncias do delito e em seu interrogatório o réu alega que na data e horário do fato encontrava-se em viagem a outro Estado ou país, caberá ao Ministério Público provar o que descreveu na denúncia: um fato típico, ilícito e culpável e, conseqüentemente, seu álibi é falso, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. A prova de que o álibi é falso é uma consequência do agir ministerial e não sua principal função.

Contudo, Renato Brasileiro de Lima<sup>52</sup> ressalva que a acusação não precisa rebater toda e qualquer possibilidade de alegação defensiva:

---

<sup>50</sup> LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 592.

<sup>51</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 449.

<sup>52</sup> LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único. 11. ed – Salvador: JusPodivm, 2022, p. 589.

Isso não significa dizer, no entanto, que a acusação sempre deverá comprovar a inocorrência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Caso não tenha sido alegada qualquer excludente pela defesa, não tendo surgido dúvida fundada sobre sua ocorrência, torna-se desnecessária a prova de que o fato não fora praticado sob o manto de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.

Nesse sentido, ainda são raras as decisões dos Tribunais<sup>53</sup> adotando a corrente:

"HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa . - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA . - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus nº 84580, /Sp. MILTO BARDINI, Rubens Nunes Tavares, Yves Louis Jacques Lejeune, Oswaldo Daude ou Oswaldo Saúda, Giovanni Lenti, José Carlos Dias E Outro(A/S). Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de setembro de 2009. **Dje**. Brasília, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/5417693>. Acesso em: 27 jun. 2023.

presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA . - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes . - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente . - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.

(STF - HC: 84580 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222)

### 3 ARMA DE FOGO PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO: HISTÓRICO

Em 24 de outubro de 2002, no julgamento do Recurso Especial n. 213.054/SP, os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deliberaram pelo cancelamento da Súmula 174, que autorizava o aumento da pena do crime de roubo cometido com emprego de simulacro de arma de fogo<sup>54</sup>.

À época, o debate girava em torno entre subjetivistas ou objetivistas, ou seja, entre aqueles que entendiam que o emprego de simulacro em um roubo, por causar maior temor na vítima, deveria ser causa de aumento de pena e aqueles que asseveravam que a referida causa de aumento se preocupava com o potencial lesivo da arma. Com a referida decisão, consagrou-se a segunda linha.

Em face de suas importâncias, faz-se necessário uma análise detida das supracitadas correntes.

#### 3.1 Corrente subjetiva sobre arma de fogo

Destarte, a corrente subjetiva da arma de fogo, capitaneada por Nelson Hungria, entendia que a razão para a existência da causa de aumento de pena pelo emprego da arma de fogo era o fato de o objeto, em si, causar um maior temor ou medo, diminuindo ou anulando, portanto, a capacidade de resistência da vítima, de forma que, independentemente se o agente criminoso se utilizasse de uma arma de fogo de fato ou de um simulacro, tal causa de aumento deveria incidir.

Nas palavras de Nelson Hungria<sup>55</sup>:

A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a ratio desta é intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir.

Na mesma esteira, tinha-se Magalhães Noronha<sup>56</sup>:

---

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213.054, /Sp. Ministério Público do Estado de São Paulo. Samuel da Cunha Souza. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 24 de outubro de 2001. Diário de Justiça. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_12\\_capSumula174.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula174.pdf). Acesso em: 28 jun. 2023.

<sup>55</sup> HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H C. Comentários ao Código Penal, volume VII: art. 155 a 196. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 58.

<sup>56</sup> NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva 1977. v. 2. p. 166.

Muita vez, uma arma pode não ser idônea para a realização da violência, de acordo com seu destino próprio; assim, p. ex., um revólver descarregado. Mas será idôneo para a ameaça se a vítima desconhecer essa circunstância.

Com fundamento nesses argumentos, o Ministro Edson Vidigal<sup>57</sup>, defendendo a manutenção da Súmula 174, asseverou à época:

Tomando-se como base para análise o roubo perpetrado mediante grave ameaça, é de se observar que o legislador, ao majorar a pena em razão da utilização de arma de fogo, assim o fez tão-somente por verificar que a ameaça exercida mediante esse instrumento é tão extrema, capaz de causar tamanho pavor, que a vítima, geralmente, não pode oferecer qualquer tipo de resistência. Observe-se que para a configuração da causa de aumento basta que a grave ameaça tenha sido exercida mediante o emprego da arma, não sendo necessária a ocorrência de dano à integridade física da vítima. Daí ser irrelevante o fato de o instrumento ser efetivamente eficaz para causar o dano ou não. Tem-se, pois, para a caracterização da majorante a observação do caráter subjetivo do seu conteúdo, ou seja, se a arma utilizada é realmente eficaz para causar grande intimidação no homo medius, de forma a inviabilizar a sua capacidade de resistir. Sob esse prisma, é indiscutível que a arma de brinquedo é totalmente idônea para alcançar o resultado típico - a ameaça extrema ocasionada pela utilização do instrumento contra a vítima. Com a tecnologia, a cada dia que passa, as armas de brinquedo estão mais sofisticadas, sendo impossível até mesmo aos efetivos conhecedores do engenho de ataque distinguir, a olho nu, uma arma verdadeira de outra falsa. A técnica aperfeiçoa-se a cada instante. Hoje, não é fácil distinguir uma arma real de uma de imitação. O conflito mundial acabou de revelar ao mundo diversos tipos de armamentos de plástico imitando os verdadeiros, a tal ponto que foram confundidos e bombardeados. (...) De conseguinte, essas espécies de armas ditas de brinquedo tornam-se meios hábeis para caracterizar a qualificadora pelo seu conteúdo subjetivo. Na verdade, mesmo esse meio especial, é idôneo, tem capacidade para infundir temor tal que, em pânico, o ofendido não tem como opor qualquer reação ao agente. REsp n. 5.679-SP, DJ de 18.03.1991.

### **3.2 Corrente objetivista sobre arma de fogo**

Em outro sentido, a corrente objetivista sustentava que o legislador, ao colocar o uso de arma de fogo como causa de aumento, estava a se preocupar com o potencial lesivo da arma, ou seja, com aptidão do objeto utilizado no emprego da ameaça para lesar a integridade física da vítima.

Assim dispunha Mirabete<sup>58</sup>:

o fundamento da qualificadora reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia, se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo.

---

<sup>57</sup> Op.cit.

<sup>58</sup> MIRABETE, Júlio Farbrini. Código Penal interpretado. 6° ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 945.

Além disso, sustentava-se que a incidência da causa de aumento de pena para roubo com uso de simulacros violava o princípio da legalidade, visto que o dispositivo presente, à época, no art. 157, § 2º, inciso I, previa expressamente o emprego de arma de fogo, de forma que ampliar a interpretação seria analogia in malam partem.

Nesse entendimento, colocava Damásio de Jesus<sup>59</sup>:

Nós, entretanto, cremos que o emprego de arma de brinquedo não qualifica o crime de roubo, respondendo o sujeito pelo tipo simples. Isso decorre do sistema da tipicidade. O CP somente qualifica o delito de roubo quando o sujeito emprega arma. Ora, revólver de brinquedo não é arma. Logo, o fato é atípico diante da qualificadora.

Ainda, entendia-se que a súmula ofendia o princípio do *ne bis in idem*, pois a intimidação da vítima mediante o uso da arma de brinquedo já configuraria a grave ameaça, elemento típico do roubo simples (art. 157, caput, ou § 1º, do CP), ou seja, a arma de brinquedo esgotaria a sua eficácia intimidativa na configuração do próprio injusto penal. Nos termos do voto do Ministro Relator do Julgado, José Arnaldo da Fonseca<sup>60</sup>:

O agente só consegue intimidar a vítima porque está empregando a arma de brinquedo. Mas vencer a resistência da vítima, mediante grave a ameaça, é da essência do crime de roubo, de forma que o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma não pode servir, simultaneamente, para caracterizar o roubo (em seu tipo básico) e, sem qualquer outro motivo relevante, fazer incidir a causa especial de aumento de pena previsto no § 2º, inciso I, do CP.

Outrossim, à época do julgamento, para corroborar a posição que a súmula feria o *ne bis in idem*, a lei 9437/1997, que posteriormente foi revogada pelo Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003), acabara de ser editada e, em seu art. 10º, §1º, II, o dispositivo previa como delito autônomo o uso de arma de brinquedo ou simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes.

Também, afirmava-se que a equiparação dos simulacros às armas de fogo violava o princípio da proporcionalidade da pena. Para a linha, punir o agente por utilizar um meio sem capacidade de produzir lesão perfurocontundente (com possível

---

<sup>59</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v.2. p. 319 e 320

<sup>60</sup> Op.cit.

morte), como o faz arma de fogo de fato, não levava considerava a diferença das reprovabilidades das condutas.

Sobre isso, Luiz Flávio Gomes<sup>61</sup> delineava:

O grau de censurabilidade de um fato penalmente relevante tem por base o “desvalor da conduta” ou do “resultado” (ambos compõem o injusto penal). Um crime cometido por motivo torpe, v.g., apresenta maior reprovabilidade porque a conduta é mais desvaliosa. Uma lesão corporal culposa que implique em deixar a vítima paraplégica é mais culpável porque o resultado é mais desvalioso. Quando há uma real graduação no injusto justifica-se maior pena, mesmo porque cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. No fundo, essa elementar regra, que está no art. 29 do CP, nada mais é que expressão do princípio da proporcionalidade. Considerando que a arma de brinquedo “não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente”, nada acrescenta de peculiar relevância ao conteúdo do injusto, de tal modo a justificar qualquer agravamento especial da pena. Sendo assim, e comparando-se a arma de brinquedo com a verdadeira, o agravamento da pena em relação àquela resulta flagrantemente desproporcional.

Por fim, remetendo-se ao aspecto histórico, aduzia-se que, na época da promulgação da Lei de Contravenções Penais e do Código Penal, se buscava tipificar condutas que envolviam armas reais, ou seja, arma de fogo com potencial lesivo.

Em seu voto, o Ministro Hamilton Carvalhido<sup>62</sup> destacou tal ponto:

Evidentemente, a lei, tipificando como contravenção aquele “trazer consigo arma sem licença da autoridade”, não estava incluindo no termo “arma” a arma que não fosse real. Estou trabalhando apenas com a interpretação dogmática e, portanto, com a lei. Então, “arma” no Código Penal, e “arma” na Lei de Contravenção Penal são, sem sombra de dúvida, arma verdadeira. Se é assim acertada a conclusão, acertada seria afirmar-se a ausência de tipicidade, ou seja, problema de tipicidade na causa de aumento, de maneira que só haveria causa de aumento com o emprego da arma verdadeira.

À vista desses argumentos, portanto, assumiu-se que, para a aplicação do Direito Penal, arma de fogo é o instrumento capaz de disparar projéteis eficientemente. Em função disso, caso o agente atualmente utilize uma arma de brinquedo ou uma arma de fogo real inapta a disparar (quebrada) ou, ainda, uma arma de fogo desmuniada, para realizar o crime de roubo, sua conduta encontrará amparo típica no art. 157, caput, do Código Penal, qual seja, roubo simples.

---

<sup>61</sup> GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 141-142.

<sup>62</sup> Op.cit.

#### **4 POSIÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 157, §2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL.**

Ante o exposto no capítulo anterior, firmou-se o entendimento que arma, para o ordenamento jurídico e para a incidência da causa de aumento de pena do atual art. 157, §2º-A, I, do Código Penal, é a arma de fogo de fato.

Por isso, na situação em que um acusado é preso em flagrante pelo cometimento de roubo, se a arma utilizada na ação criminosa venha a ser apreendida, é essencial que o objeto seja submetido a um exame pericial a fim de que se ateste sua potencialidade lesiva, para que haja a incidência da referida causa de aumento de pena. Caso contrário, eventual decreto condenatório, nos termos do art. 157, §2º-A, do CP, deve ser considerado nulo (art. 586, III, b do CPP).

Contudo, em sede de jurisprudência, um questionamento ganhou relevância acentuada: quando a arma não é apreendida e, conseqüentemente, não tem sua potencialidade lesiva atestada por um exame pericial, é possível que o magistrado condene o acusado por roubo com emprego de arma de fogo, nos termos do art. 157, §2º-A, I, do CP?

Tal indagação se mostra relevante, na ordem prática, em razão, sobretudo, do aumento de 2/3 na pena previsto pelo referido artigo e da hediondez do delito. Ou seja, o reconhecimento do emprego da arma de fogo aumenta significativamente a pena do acusado e agrava os critérios para progressão de regime. Ademais, por ser taxado como hediondo pela Lei nº 8072/1990, o crime do art. 157, §2º-A, I, é inafiançável e insuscetível de graça, indulto ou anistia.

Sobre isso, a jurisprudência<sup>63</sup>, inicialmente, entendia que era imprescindível a apreensão e a perícia da arma de fogo, com o escopo de aferir a idoneidade do potencial lesivo do objeto, para que se incidisse da causa de aumento. Nesse sentido, vale observar o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA DA

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 89518, /Sp. Rodrigo Vidal Vitriani. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jane Silva. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2008. DJe. Brasília, 07 abr. 2008. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC3>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

ARMA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. DECOTE DA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, decorre da revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício. 2. Sem a apreensão e perícia na arma, nos casos em que não é possível aferir a sua eficácia por outros meios de prova, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física. 3. ORDEM CONCEDIDA.

(STJ - HC: 89518 SP 2007/0203366-1, Relator: Ministra Jane Silva, Data de Julgamento: 21/02/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 07/04/2008)

Nessa linha, ainda, a observar o art. 167 do CPP, já comentado no presente trabalho, a jurisprudência<sup>64</sup> permitia o reconhecimento da causa de aumento, sem a juntada do exame pericial, caso o conjunto probatório colhido durante a instrução, mormente a prova testemunhal, assegurasse que o acusado, no decurso da ação criminosa, disparou com a arma de fogo, de modo a obviamente demonstrar a potencialidade lesiva do objeto:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. EMPREGO DE ARMA. CONFIGURAÇÃO. DISPARO EFETUADO. CÁLCULO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA. REGIME PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

III - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, ex vi do art. 167 do Código de Processo Penal. IV - Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo. V - Na hipótese dos autos, consta a efetiva utilização da arma de fogo, utilizada momentos antes do delito de roubo para a prática de latrocínio, restando evidenciada, portanto, sua potencialidade lesiva (Informativo nº 345 do STJ). Ademais, não exsurge, na espécie, o motivo pelo qual a arma não foi apreendida e periciada, questão que não cabe ser dirimida em sede de habeas corpus. E, a impossibilidade de realização do exame pericial, atrai a incidência do disposto no art. 167 do CPP. VI - Tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, como in casu, mas deve ser feito com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso).

---

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus nº 155149, /Rj. DILARA ESTEPHÁ HENRIQUES PEREIRA. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Félix Fischer. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. DJe. Brasília, 14 jun. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC7>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

(...)

Habeas corpus parcialmente concedido. Ordem concedida de ofício.  
(STJ - HC: 155149 RJ 2009/0233468-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER,  
Data de Julgamento: 29/04/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de  
Publicação: DJe 14/06/2010)

No entanto, o entendimento Tribunais Superiores, o que foi amplamente aceito pelos juízes de 1º grau e pelos Tribunais de 2º graus<sup>65</sup>, passou a ser em sentido contrário após o HC 96.099/RS<sup>66</sup> de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Nesse, ficou decidido que a apreensão e a perícia da arma de fogo são prescindíveis, para o reconhecimento da causa de pena em comento quando o instrumento não é apreendido, desde que com outros meios de provas, sobretudo com a oitiva das testemunhas e da vítima, bem como pela análise de imagens de videomonitoramento, ficar evidenciado que o réu empregou um objeto semelhante a uma arma para ameaçar a vítima, ainda que esta não tenha sua aptidão lesiva garantida. Em outros termos, há a presunção de que arma utilizada pelo agente era de fogo. Nisso, se a defesa alegar que, no momento da ação, o acusado estava utilizando um simulacro como meio intimidativo, cabe a ela o ônus da prova:

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, § 2º, 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. 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.

---

<sup>65</sup> Nesse sentido, pode-se os seguintes julgados: TJ-MT - APL: 00262577020098110000 MT, Relator: JUVENAL PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 23/06/2009, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/09/2009; STJ - HC: 714505 SP 2021/0406606-7, Data de Julgamento: 23/08/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2022; TJ-BA - APL: 00054146920118050004, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 29/11/2012; TJ-MG - APR: 1000220699664001 MG, Relator: Marcos Flávio Lucas Padula, Data de Julgamento: 14/06/2022, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/06/2022 e TJ-CE - APL: 10035071020008060001 CE 1003507-10.2000.8.06.0001, Relator: RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/10/2016.

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus nº 96099, /Rs. Luiz Antônio de Mello Viegas. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2009. DJe. Brasília, 04 jun. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14715485>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida.

(STF - HC: 96099 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-03 PP-00498 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 410-427)

## **5 CRÍTICA À POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO NO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO**

Como exposto, a jurisprudência pátria é cediça no sentido de dispensar a juntada de prova pericial no que concerne à arma de fogo, caso, com a instrução criminal, fique demonstrado que o acusado utilizou objeto parecido com uma arma para diminuir ou anular a resistência da vítima.

No entanto, tal posição não se mostra adequada técnico-juridicamente pelos motivos a seguir elencados.

Inicialmente, verifica-se que o entendimento adotado fere integralmente o princípio da culpabilidade, uma vez que, ante a ausência de apreensão e perícia do objeto, a potencialidade lesiva da arma é presumida. No entanto, como colocado no primeiro capítulo deste trabalho, dado o art. 5º, LVII, da CF/88, é necessário que a culpa em sentido amplo do acusado seja demonstrada, ou seja, faz-se imperioso, com a instrução criminal, que a acusação evidencie a responsabilidade subjetiva do réu. Caso contrário, o que se tem é o retorno ao *versari in re illicita*, isto é, o retorno ao instituto medieval da responsabilidade objetiva do acusado.

Nesse plano, a presunção que o acusado se utilizou de uma arma de fogo, sem a verificação da potencialidade lesiva, seja pela via pericial, seja pela prova testemunhal (em que as testemunhas trazem a Juízo que o réu efetivamente disparou a arma), encontra residência apartada do plano da culpabilidade, divorciada, portanto, do princípio constitucional da inocência.

Além disso, a posição jurisprudencial em comento viola as regras de distribuição probatória. Observando o que foi esmiuçado no terceiro capítulo, pode-se repisar que existem duas correntes a respeito do ônus da prova.

A primeira, alicerçada em uma interpretação restritiva do art. 156 do CPP, compreende que cabe à acusação trazer, aos autos, provas que lastreiem um juízo de certeza sobre a existência de fato típico, a autoria ou participação, a relação de causalidade e o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), bem como sobre a incidência de qualificadoras, agravantes e causas de aumento de pena. À defesa, por outro lado, cumpre trazer elementos excludentes da ilicitude e/ou da culpabilidade e

extintivos da punibilidade, bem como demonstrar as atenuantes e as causas de diminuição de pena.

A segunda corrente, por sua vez, lendo o art. 156 do CPP à luz do art. 5º, LVII, da CF e do respeito ao sistema acusatório, traz que cabe a acusação todo o ônus da prova, de modo que se impõe a esta provar a existência de fato típico, ilícito e culpável, tendo a defesa somente uma faculdade de trazer, a Juízo, provas que acentuem a presunção de inocência do acusado.

Diante disso, seja para a primeira corrente, seja para a segunda, é ônus da acusação demonstrar que o réu deve ter sua pena aumentada no momento da análise da 3ª fase da dosimetria da pena. Portanto, constata-se que o entendimento jurisprudencial descumpra frontalmente a distribuição do ônus da prova fixada pela ordem constitucional e pelos dispositivos infraconstitucionais criticados.

Ademais, verifica-se uma errônea exegese do art. 167 do CPP. Em atenção ao já posto, em crimes não transeuntes, isto é, em crimes que deixam vestígios, o exame direto ou indireto do corpo de delito, pelo art. 158 do CPP, é indispensável, sendo possível, apesar disso, caso se, e somente se, desapareçam os vestígios, que a prova testemunhal supra indagações a respeito de eventuais características materiais do corpo de delito.

Dessarte, a prova testemunhal poderia, de maneira supletiva, demonstrar a potencialidade lesiva da arma (afinal, é isso que apetece ao ordenamento jurídico, conforme ficou sedimentado no cancelamento da Súmula 174 do STJ), se evidentemente, durante a ação criminosa, a arma for disparada, a demonstrar o poder vulnerante do objeto.

Todavia, em razão da oitiva das testemunhas e da vítima não ter a capacidade de conferir certeza quanto à aptidão lesiva, no aspecto perfurocortante, do objeto utilizado pelo acusado, não se faz devido a aplicação do art. 167 do CPP para afastar a necessidade do exame pericial, quando a arma não é acionada.

Por fim, o entendimento em análise, data vênia, não se mostra subsidiado no plano lógico, pois, ao se cancelar a súmula 174, os Ministros do STJ seguiram a corrente objetivista a respeito da arma de fogo, fixando, doravante, a preocupação

com a possibilidade de o acionamento do objeto atingir os bens jurídicos vida e integridade física da vítima e não no aumento da intimidação provocado por ele. Dessa maneira, mostra-se contraditório não se exigir a comprovação do poder lesivo da arma utilizada no roubo cometido pelo acusado em Juízo. Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha<sup>67</sup> defende:

Com esse novel entendimento (e talvez sem perceber), o STJ incentivou a corrente que leciona que arma verdadeira, porém desmuniada: (e sem capacidade de pronto muniamento) é tão "inofensiva" quanto uma arma de brinquedo, devendo, igualmente, escapar do aumento. Aliás, se a preocupação é com a capacidade lesiva do instrumento utilizado no crime, manda a coerência que a arma deve ser apreendida e periciada. Entretanto, a maioria da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) orienta que, para a configuração da majorante, mostra-se dispensável a apreensão da arma utilizada no crime, desde que sua utilização fique demonstrada por outros meios de prova. Não obstante, a majorante não é aplicável aos casos nos quais a arma utilizada na prática do delito é apreendida e periciada, e sua inaptidão para a produção de disparos é constatada (STJ- HC 247.669/ SP, Sexta Turma, rei. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 14112/2012).

Portanto, por todas as razões colocadas, conclui-se que o entendimento jurisprudencial, sedimentado no STF e no STJ e copiosamente reproduzido pelos magistrados de 1º grau e tribunais pátrios, não se concilia com as regras e princípios estruturantes do Direito Penal e do Processo Penal, de modo que deve ser reformado com o escopo de exigir a apreensão e a perícia de arma de fogo para a constatação da potencialidade lesiva no âmbito perfurocontudente da arma, para fins de aplicação da causa de aumento de pena do art. 157, §2º-A, do Código Penal, salvo, claramente, nos casos em que o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal seja firme e robusto no sentido de apontar o efetivo acionamento da arma pelo réu, dado respeito ao bem jurídico vida.

---

<sup>67</sup> Rogério Sanches. Manual de Direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361} I Rogério Sanches Cunha9. ed. rev., ampl e atual.- Salvador: JusPODIVM.. 2017.

## CONCLUSÃO

Ao se iniciar o presente trabalho monográfico, constatou-se a relevância do tema a ser estudado em face de, hodiernamente, a jurisprudência adotar, de maneira sedimentada, o entendimento de que, para a configuração da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, prevista no artigo 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, são prescindíveis a apreensão do artefato utilizado e o respectivo laudo técnico de eficiência para atestar sua potencialidade lesiva, bastando a existência de outros elementos nos autos que comprovem seu emprego, o que deveria ser analisado à luz da ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e dos princípios basilares do Direito Penal material e adjetivo.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral fixar como o sistema jurídico penal assentado pela Constituição Federal e pelos princípios estruturantes do Direito Penal compreende o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da prescindibilidade da apreensão e perícia de objeto para o reconhecimento da causa de aumento de pena por emprego de arma de fogo no delito de roubo. Constata-se, com a análise dos resultados obtidos, que se atingiu o pretendido, tendo em vista que, pelo que fora estudado, se concluiu que o atual entendimento firmado pela jurisprudência não se coaduna com a hodierna ordem jurídica penal e processual penal, devendo, por isso, ser reformado com o propósito de assentar a necessidade a apreensão e a perícia de arma de fogo para a constatação da potencialidade lesiva no âmbito perfurocontudente da arma, para fins de aplicação da causa de aumento de pena do art. 157, §2º-A, do Código Penal, excetuando-se os casos em que as provas trazidas ao processo permitam de indicar o efetivo acionamento da arma pelo réu, dada a busca pela proteção da vida fixada pelo Recurso Especial n. 213.054/SP.

Sobre o primeiro objetivo específico, pretendeu-se analisar os princípios estruturantes do Direito Penal pela ótica da ordem constitucional de 1988. Do mesmo modo, alcançou-se o objetivo esperado, havendo sido feito um estudo detalhado dos princípios da dignidade, da legalidade e culpabilidade, previstos, respectivamente, no art. 1º,III; art. 5º, XXXIX e art. 5º, LXXII da Constituição Federal, delineando-se, ao fim, suas importâncias para a dogmática e a exegese penal.

Cabe observar que não foram estudados de forma exaustiva todos os princípios que norteiam a aplicação do Direito Penal, uma vez que muitos não teriam impacto no

deslinde do problema apresentado, razão pela qual fugiria da seara do debate pretendido o aprofundamento de pontos que não repercutissem no tema.

No que concerne ao segundo objetivo específico, perquiriu-se as consequências processuais dos princípios do direito substantivo penal. Nisso, também se logrou êxito em atingir-se o objetivo pretendido, havendo sido apresentado, ainda que de forma sucinta, a teoria sobre a prova, com o conceito, a finalidade da produção probatória, o objeto da prova, as diversas classificações, espécies de meio de prova (com foco, especialmente, na prova pericial) e, mormente, a distribuição do ônus da prova, realizando-se, quanto a esse último ponto, um estudo aprofundado de como o sistema acusatório estabelecido constitucionalmente e a legislação ordinária estabelecem os objetivos e, por conseguinte, a produção probatória dos sujeitos processuais.

Com relação ao terceiro objetivo específico, buscou-se estabelecer as características de uma arma de fogo e, como o reconhecimento da sua materialidade se dá, segundo o que foi fixado pela jurisprudência pátria. Outrossim, conseguiu-se o objetivo intencionado, ao se suceder uma análise detalhada do Recurso Especial n. 213.054/SP, que cancelou a Súmula 174. Esse verbete autorizava o aumento da pena do crime de roubo cometido com emprego de simulacro de arma de fogo. Com isso, verificou-se que arma de fogo, para o ordenamento jurídico brasileiro, é o instrumento com a capacidade de realizar disparos de projéteis, ou seja, com a aptidão lesiva no aspecto perfurocontudente. Destarte, foi obtido que, para se constatar a potencialidade lesiva da arma, é indispensável que se proceda o seu exame pericial, nos termos do art. 158 do CPP, sendo possível, no entanto, caso haja o seu desaparecimento, a prova da lesividade por meio da prova testemunhal, pela incidência do art. 167 do CPP.

Nessa toada, a pesquisa partiu da hipótese que o entendimento sedimentado pelos Tribunais Superiores viola, sobretudo, o princípio da culpabilidade e a distribuição da carga probatória, porque não se mostrava adequado, após uma instrução criminal incapaz de lastrear um juízo de certeza quanto ao emprego de uma arma de fogo, a transferência para a defesa do ônus de provar a inexistência de uma causa de aumento de pena. Durante o trabalho, verificou-se a confirmação da hipótese, uma vez que se depreendeu, sobretudo pelo estudo do capítulo quinto, que

a posição jurisprudencial afronta os corolários estabelecidos pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, desobedece ao art. 158 do CPP, ao fazer uma interpretação equivocada do art. 167 do referido código e, ademais, não se apresenta lógico quando cotejado com o que foi consagrado no Recurso Especial n. 213.054/SP.

Disso, analisou-se os dados coletados por meio de metodologia de índole qualitativa e quantitativa, em que se elaborou uma análise bibliográfica e documental da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Acerca das limitações presentes neste estudo, pode-se destacar a escassez de estudos e livros que tratem, de forma aprofundada, do histórico do conceito de arma de fogo e, sendo este um dos desafios enfrentados na elaboração deste trabalho monográfico.

Sugere-se, portanto, para futuras pesquisas que sejam estudados compêndios e doutrinas, à época do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, a fim de próximas análises críticas da jurisprudência firmada sejam substanciadas em um maior acervo histórico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Camargo. Da prova no processo penal . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 94.358, Santa Catarina. Ministério Público Federal. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min.Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2008. Diário de Justiça. Brasília, 19 mar. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5465010>>. Acesso em: 27 jun. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142513, /Es (2009/0141063-4). DURVAL ALBERT BARBOSA LIMA E OUTRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Relator: MINISTRO NILSON NAVES. Brasília, DF, 23 de março de 2010. **Diário de Justiça**. Brasília, 10 maio 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/9217220/certidao-de-julgamento-14297464>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 592.581, /Rs. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília0DF, 01 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863995046/inteiro-teor-863995056>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97261, /RS. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de abril de 2011. **Dje**. Brasília, 02 maio 2011. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/18814808>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação Penal nº 953, Es. Ministério Público Federal. Município de Serra. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de setembro de 2016. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772400904/inteiro-teor-772400914>>. Acesso em: 27 de jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 30930, /Rj. Douglas Patrocínio de Freitas Reis e outros. Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. **Dje**. Brasília, 23 ago. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC10>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 107879, /Sp. Domingo Ferreira de Camargo. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 14 de maio de 2019. **Dje**. Brasília, 23 maio 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus nº 84580, /Sp. MILTO BARDINI, Rubens Nunes Tavares, Yves Louis Jacques Lejeune, Oswaldo Daude ou Oswaldo Saúda, Giovanni Lenti, José Carlos Dias E Outro(A/S). Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de setembro de 2009. DJe. Brasília, 18 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/5417693>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 89518, /Sp. Rodrigo Vidal Vitriani. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jane Silva. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2008. DJe. Brasília, 07 abr. 2008. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC3>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213.054, /Sp. Ministério Público do Estado de São Paulo. Samuel da Cunha Souza. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 24 de outubro de 2001. Diário de Justiça. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_12\\_capSumula174.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula174.pdf). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus nº 155149, /Rj. DILARA ESTEPHÁ HENRIQUES PEREIRA. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Féliz Fischer. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. DJe. Brasília, 14 jun. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC7>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus nº 96099, /Rs. Luiz Antônio de Mello Viegas. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2009. DJe. Brasília, 04 jun. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14715485>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei, para que(m)?: In: Escritos de Direito e Processo Penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPEZ, FERNANDO. Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1o a 120. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v.1.

FERRAJOLI, Luigi Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H C. Comentários ao Código Penal, volume VII: art. 155 a 196. 4° ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v.2.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral (arts. 1° a 120). 16. ed. São Paulo: MÉTODO, 2022. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Farbbri. Código Penal interpretado. 6° ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, 18° ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva 1977. v. 2

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1° a 120 do Código Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. A acusação genérica e seus efetivos limites. 21 de fev. de 2015. Disponível em: < <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processopenal/a-acusacao-generica-e-seus-efetivos-limites/>>. Acesso em: 27 de jun. de 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 389.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do Estado. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 858/859.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I, p. 308.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal . 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.