

RECURSO ESPECIAL N. 766.673 – RS (2005/0113973-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorridos: Wagner Ruffoni Padilha (preso) e Wagner Fonseca de Lima (preso)

Advogados: Helena Maria Pires Grillo - Defensora Pública, e outro

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Aplicação da majorante do emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Pena aquém do mínimo. Atenuantes.

I - Na dicção da douda maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (*precedentes*).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (*precedentes do Pretória excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da *Lex Fundamental*, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Depreende-se dos autos que os recorridos restaram condenados como in-cursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sendo que Wagner Ruffoni Padilha foi apenado em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ao passo que Wagner Fonseca de Lima mereceu a reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ambos no regime semi-aberto.

Irresignada, apelou a defesa. A colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação, excluir a majorante do emprego de arma de fogo e reduzir a pena de Wagner Ruffoni Padilha para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a de Wagner Fonseca de Lima para 4 (quatro) anos de reclusão.

Tem-se no corpo do voto condutor do v. acórdão increpado:

“O juízo de reprovação emergente do ato singular vai mantido. O recurso defensivo, todavia, vinga no momento da dose da pena-vênia.

A condenação está autorizada pela prova: a) os apelantes confessaram em juízo a autoria do crime, em concurso, inclusive com divisão de tarefa — Padilha rendeu o segurança e Lima desapossou a vítima; e, b) as vítimas reconheceram os apelantes, também em juízo, como autores do crime.

Então, o resultado esperado era único: condenatório!

A defesa levanta preliminares de nulidade dos reconhecimentos policial e judicial. Sem razão.

Um — inexistente nulidade em inquérito porquanto sua utilidade, no momento judicante, é igual a zero, ou seja, serve apenas de instrumento para oferecimento da denúncia;

Dois — em juízo é desnecessária a formalidade do art. 226 do Código de Processo Penal, porque o reconhecimento é celebrado com todas as garantias do devido processo legal.

No entanto, entendo deva ser excluída a majorante do uso de arma: a) os apelantes dizem que aquela utilizada era de brinquedo e apreensão não houve: b) entendo necessária realização de perícia em arma para apuração do potencial ofensivo:

‘1. Roubo. Majorante do emprego de arma. Perícia. Necessidade. 2. Prova. Palavra da vítima. 3. Receptação. Transporte e aquisição. Vínculo.

1. A revogação da Súmula n. 174 do egrégio STJ, com sua implicação no reconhecimento da exasperante e, agora, recente decisão do STF, no RHC n. 81.057-SP, julgado em 25.05.2004, que decidiu pela atipicidade do delito de porte de arma (art. 10, Lei n. 9.437/1997), à vista dos princípios da disponibilidade e da ofensividade, já que a arma de fogo seria inidônea para a produção de disparo, repercute na majorante do roubo, mormente quando não foi apreendida e periciada a arma empregada, que, se não a desqualifica como ameaça nem retira o seu potencial de intimidação para realização do tipo, sua incerteza sobre sua eficácia lesiva não é plataforma para a majorante do art. 157, 2º, I, do Código Penal. [...]’. (Apelação-Crime n. 70008203820, Relator Desembargador Aramis Nassif, Quinta Câmara Criminal, TJRS, j. em 03.07.2004).

No mesmo sentido:

‘Roubo majorado. Materialidade e autoria comprovadas. Afastamento da causa especial do aumento do emprego de arma. Perícia não realizada. Incerteza quanto à potencialidade lesiva. Grave ameaça, no entanto, mesmo assim, configurada. Incidência da majorante do concurso de agentes. Agravante da reincidência desconsiderada. Pena redimensionada. Apelação parcialmente provida’ (Apelação-Crime n. 70008529109, Relator Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, TJRS, j. em 13.05.2004)

Penas alteradas.

As bases ficam no mínimo: antecedentes configuram **bis in idem** e personalidade e conduta social não podem vir contra o cidadão por agredir o princípio da inviolabilidade da intimidade.

Atenuantes podem deixar a pena aquém do mínimo — (precedentes: Acórdãos n. 70000592683 e n. 70000767269, Quinta Câmara Criminal, TJRS, e Acórdão n. 296021173, Quarta Câmara Criminal do Extinto Tribunal de Alçada-RS — Julgados n. 100/143). Em favor do apelante Lima há duas (confissão e menoridade diminuição de um ano; em prol do apelante Padilha há apenas a da confissão: redução de seis meses).

Aumento pelo concurso é de um terço.

Final: Lima, 4 anos de reclusão, e Padilha 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos regime carcerário e pecuniária — muita não pode ser excluída porque pena o é!

Diante do exposto, repelida preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo para, ao se excluir a majorante do uso de arma, fixar a condenação do apelante Wagner Fonseca de Lima em 4 anos de reclusão, e do apelante Wagner Ruffoni Padilha em 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos demais comandos sentenciais” (fls. 191/193).

Daí o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, sustentando: *a*) que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime de roubo, deve ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e *b*) que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuantes, *in casu*, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

Contra-razões às fls. 224/241.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 243/244).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 250/255, se manifestou pelo provimento do apelo excepcional em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Penal. Roubo majorado. Emprego de arma. Perícia.

Desnecessidade. Impossibilidade. Súmula n. 231 do STJ. Pelo provimento.

Para a caracterização da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP é dispensável a apreensão da arma de fogo, bem como a realização de perícia para a comprovação da sua potencialidade lesiva. Precedentes.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime. Incidência da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Parecer pelo provimento do recurso” (fl. 250).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Sustenta o recorrente, em síntese: *a*) que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime de roubo, deve

ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e *b*) que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

No que respeita ao *primeiro tópico*, a pretensão recursal merece ser acolhida.

Depreende-se dos autos que, não obstante a arma de fogo não tenha sido apreendida, as demais provas colhidas no feito foram suficientes para o reconhecimento da majorante. Confira-se, oportunamente, o seguinte trecho da r. sentença condenatória:

“A materialidade resultou demonstrada através da prova oral, faltando, pois, perquirir a autoria e a conseqüente culpabilidade.

Wagner Fonseca de Lima e Wagner Ruffoni Padilha, quando interrogados, admitindo a autoria, alegaram terem realizado o assalto se valendo de uma arma de brinquedo, entretanto, considerando a aparência, parecia verdadeira e hábil a intimidar, acrescentando que idealizaram a subtração ao verem o dinheiro no caixa retirando o que lá havia.

Rita de Cássia Fraga Matos, ao tempo do fato fiscal de caixa, ao sair da sala onde o dinheiro era depositado se deparou com Wagner Fonseca Lima, e no momento em que, acreditando se dirigisse ao banheiro, explicou onde se localizava, levantando a camisa mostrou que trazia uma arma de fogo junto ao corpo, fazendo com que ela retomasse.

Ao ver a arma se sentiu intimidada e, sem refletir, chamou André Luciano, seu colega, oportunizando ao assaltante que subtraísse o dinheiro que guardavam no interior das pochetes, sofrendo o Supermercado Nacional prejuízo em tomo de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Após ter-se apossado do dinheiro fechou a porta da sala e se retirou, tomando ciência, posteriormente, que a ação foi praticada por dois indivíduos, sendo que o outro, também fazendo uso de um revólver, intimidando o segurança, inviabilizou qualquer reação.

Elizete da Silva Vasconcelos, caixa do estabelecimento comercial ofendido, teve sua atenção voltada para Wagner Ruffoni Padilha quando o viu junto ao segurança, parecendo que o estava empurrando, encaminhando-o em direção à sala do cofre.

Ao retomar e ao passar pelo caixa onde atendia mostrou a coronha de um revólver que carregava junto à cintura,

aproximando-se e subtraindo o dinheiro que lá se encontrava, bem como do caixa ao lado, afastando-se em seguida" (fls. 149/150).

Com efeito, a apreensão da arma objeto do crime e a realização da respectiva perícia não se afiguram imprescindíveis para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante. Nesse sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial desta Corte Superior. Confira-se:

"Recurso especial. Penal. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade. Reincidência. Afastamento. Impossibilidade.

Não é imprescindível a apreensão da arma de fogo, mesmo como exame pericial, para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP se as provas levantadas nos autos efetivamente atestam a ocorrência da majorante.

Não deve ser mantida a decisão que afasta a aplicação da agravante de reincidência, por entender que o aludido instituto perdeu a sua função teleológica, de acordo com o art. 61, I, do Código Penal.

Recurso provido." (REsp n. 744.761-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.09.2005).

"Processual Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I, II e V, e art. 158, § 1º, do CP. Arma não apreendida. Aplicação da majorante do emprego de arma.

Conforme o entendimento firmado nesta Corte, é aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida, se o v. acórdão guerreado aponta outros elementos probatórios que confirmam a sua efetiva utilização no crime (precedentes).

Recurso desprovido." (REsp n. 604.472-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 05.09.2005).

"Criminal. REsp. Roubo qualificado. Uso de arma de fogo. Qualificadora excluída em 2º grau. Ausência de perícia. Desnecessidade. Existência de outros elementos para caracterizar o emprego da arma. Persistência da majorante. Dissídio jurisprudencial. Atenuante da menoridade. Fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Pena de multa. Isenção. Impossibilidade. Violação ao princípio da legalidade. Recurso provido.

I - A ausência do laudo pericial não afasta a majorante

prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP se existem outros elementos nos autos a comprovar a efetiva utilização da arma de fogo pelos agentes.

II - Não se admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda que a título provisório, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade do agente. Precedentes.

III - Incidência da Súmula n. 231-STJ.

IV - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

V - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

VI - Recurso provido.

VII - Remessa dos autos ao Tribunal a quo para redimensionamento das penas." (REsp n. 740.029-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

"**Habeas corpus.** Direito Penal. Roubo. Regime prisional inicial. Critérios informadores. §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade.

São critérios informadores da fixação do regime prisional inicial a quantidade da pena, a existência de reincidência (CP art. 33, § 3º).

É inadmissível a fixação do regime prisional inicial com fundamento tão-somente na gravidade do delito, desprezando-se os critérios dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

No crime de roubo, aplicada pena superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos, havendo primariedade e em sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que se consubstancia na fixação da pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional inicial semi-aberto, sob pena de violação aos §§ 2º e 3º do art. 33 do Estatuto Criminal.

A jurisprudência desta Corte é sólida quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2º, I, Código Penal), caso tenha sido comprovada a sua utilização por outros meios probatórios.

Writ parcialmente concedido, para fixar o regime inicial semi-aberto de cumprimento da pena." (HC n. 30.000-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.02.2004).

“Recurso especial. Penal. Roubo em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo. Apreensão. Desnecessidade.

1. Não demonstrado nas instâncias ordinárias não ter havido concurso de pessoas na prática delituosa, não se há de pretender fazê-lo em sede de recurso especial, mesmo porque, como cediço, não se admite, já agora, ter-se por verdadeiro fato até então não evidenciado.

2. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a incidência do disposto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se elementos outros existem nos autos, tais como a confissão do réu em sede policial e o depoimento de testemunhas, a comprovar a efetiva utilização do instrumento.

3. A apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de sua potencialidade ofensiva.

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 265.026-PB, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1º.07.2002).

Quanto ao *segundo tópico*, mais uma vez, a irresignação merece ser acolhida.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exerci da com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma *garantia* do réu (v.g., art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, e arts. 381 e 387 do CPP) e *da sociedade* (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da *Lex Maxima*). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na *Lex Fundamental* (“a lei regulará a individualização ...”) que deve ser respeitado e aplicado coma indispensável fundamentação *concreta* (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, *ex vi* do art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Lei Maior, e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretenso exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 1940, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou — nem sequer mereceu destaque — o entendimento de que as *agravantes* e *atenuantes* (ao contrário das *majorantes* e *minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de Roberto Lyra), quer seja no trifásico (de Nelson Hungria), agora imposto legalmente (v.g., as ensinanças de Hungria, A. Bruno e M. Noronha, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi** dos arts. 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi** do art. 68 do CP). Como se vê, **primo ictu oculi**, até "*à vol d'oiseau*", o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP, é de se grifar, em seu art. 59, II, diz: "dos limites previstos". E, no art. 67, assevera: "do limite indicado". É, destaque, o *sistema da indeterminação relativa* (v.g.: **Jair Leonardo Lopes**, in "Curso de Direito Penal", PG, 2ª ed., RT, pp. 231 e ss.; **Damásio E. de Jesus**, in "Direito Penal", vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso**, in "Lições de Direito Penal", PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa**, in "Direito Penal", PG, vol. I, Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt**, in "Código Penal Anotado", RT, 1997, pp. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos**, in "Direito Penal. A nova Parte Geral", p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne**, in "Teoria e Prática da Aplicação da Pena", Juruá, p. 99, 1995 e **Fernando Galvão**, in "Aplicação da Pena", p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. **Primeiro**, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? **Segundo**, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena "zero"? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista**, in "Introdução Crítica ao Direito Penal", e **H. H. Jescheck**, in "Tratado de Derecho", 4ª ed., Granada, 1993, pp. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann e Achenbach**). **Terceiro**, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de "competição" entre réus

ou delinquentes. Caso contrário, na *participação de somenos* (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cf. ensinanças de René A. Dotti, in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, pp. 98/99, e de Jair Leonardo Lopes, op. cit., p. 183). Por último, a expressão “sempre atenuam” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovção mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação). E isso, como preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o princípio da legalidade formal:

“O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos ‘segundos códigos’ do magistrado, Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circuns-tâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e ele diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.” (A. Silva Franco in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 6ª ed., 1997, RT, p. 1072).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação. Atenuante. Fixação da pena. Súmula n. 231-STJ.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime.

Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a **res furtiva** saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal — RTJ 135/161-192, Sessão Plenária).

Incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 744.120-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 05.09.2005).

“Criminal. REsp. Furto tentado. Consideração de processos em andamento como maus antecedentes. Impossibilidade. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula n. 231-STJ. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de maus antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.

II - Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula n. 231-STJ.

III - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

IV - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

VI - Remessa dos autos ao Tribunal a **quo** para redimensionamento da pena” (REsp n. 722.751-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

“Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 61, I, do Código Penal. Agravante. Reincidência. Pena aquém do mínimo. Atenuantes. Processos em curso. Maus antecedentes.

I - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório excelso e do STJ).

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (precedentes).

III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes do Pretório excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ).

Recurso parcialmente provido" (REsp n. 730.109-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 1º.08.2005).

"Recurso especial. Penal. Roubo. Momento consumativo. Prescindibilidade da posse tranqüila da res. Pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte. Recurso provido.

1. O Direito Penal brasileiro, ao perfilhar a expressão 'subtrair' adotou a teoria da **aprehensio** ou **amotio**, em que o delito de roubo se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente de a res permanecer sobre a posse tranqüila do agente.

2. A incidência da atenuantes da menoridade não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

3. Recurso especial provido para reconhecer a forma consumada e fixar a pena em seu patamar mínimo legal" (REsp n. 735.440-RS, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 27.06.2005).

Ademais, a **quaestio** está sumulada: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula n. 231-STJ).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para o fim de reconhecer a incidência da majorante do emprego de arma de fogo e afastar a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência das atenuantes.

É o voto.