



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1731174 - CE (2020/0181349-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO : ANTONIO CARLOS SOARES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. TESE DE QUE A QUALIFICADORA SOBEJANTE DEVERIA TER SIDO SOPESADA NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE. QUESTÃO NÃO DEBATIDA NA CORTE DE ORIGEM, TAMPOUCO SUSCITADA MEDIANTE OPOSIÇÃO DE ACLARATÓRIOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 155, § 1º, DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA EXCLUSÃO DA MAJORANTE REFERENTE AO REPOUSO NOTURNO. PROCEDÊNCIA. ENTENDIMENTO DA CORTE DE ORIGEM QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RESTABELECIMENTO DA MAJORANTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, provido o recurso, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público do Ceará contra a decisão que inadmitiu o recurso especial (fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal) apresentado contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local (Apelação n. 0469539-60.2011.8.06.0001), que manteve a sentença que condenou Antonio Carlos Soares como incurso no crime de furto qualificado, reduzindo a pena ao mínimo legal.

Nas razões do recurso especial, o órgão ministerial suscitou violação dos arts. 59, 68 e 155, § 1º, todos do Código Penal, aduzindo que a Corte de origem incorreu em ilegalidade ao deixar de considerar uma das qualificadoras na dosimetria da pena-base e ao excluir a majorante referente ao repouso noturno (fls. 158/168).

A Corte de origem inadmitiu o recurso com fundamento nas Súmulas 7 e

211/STJ (fls. 224/232).

Contra o *decisum* a defesa interpôs o presente agravo (fls. 241/249).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 271/273).

É o relatório.

O agravo é admissível, pois é tempestivo e impugnou o fundamento da decisão de inadmissão. Passo, então, ao exame do recurso especial.

No que se refere à tese de ilegalidade na fixação da pena-base - calcada no argumento de que a qualificadora sobejante deveria ter sido sopesada na dosimetria da primeira fase -, o recurso é inadmissível, ante a ausência do indispensável prequestionamento.

Ora, **a Corte de origem não debateu a possibilidade de sopesar a qualificadora referente ao concurso de agentes na primeira fase da dosimetria** (fls. 146/150).

Ainda que se entendesse que a referida ilegalidade teria surgido na dosimetria efetivada no julgamento da apelação, ou seja, na prolação do acórdão recorrido, é certo que incumbiria ao recorrente opor aclaratórios ao aresto atacado, de modo a oportunizar ao Tribunal *a quo* debater a ilegalidade aventada.

A propósito, confira-se:

[...]

2. É importante rememorar que, nos casos em que a violação da lei federal surge no próprio acórdão recorrido, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto à necessidade de oposição de embargos de declaração para viabilizar o acesso às instâncias superiores.

[...]

(AgInt no AgInt no AREsp n. 1.013.103/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 3/8/2017)

[...]

3. Segundo entendimento pacífico desta Corte, ainda que a pretensa violação de lei federal tenha surgido na prolação do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a questão. Se assim não se fez, está ausente o necessário prequestionamento.

[...]

(REsp n. 1.384.899/PE, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 23/9/2015)

No caso, contudo, o agravante deixou de suscitar a ilegalidade aventada mediante embargos de declaração ao acórdão da apelação; conseqüentemente, acabou por inviabilizar que o Tribunal *a quo* debatesse a tese recursal.

Logo, o recurso especial, nesse tópico, carece do indispensável prequestionamento, incidindo, ao caso, as Súmulas 282 e 356/STF.

No mesmo sentido, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, A, DO CP. ILEGALIDADE QUE TERIA SURGIDO NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. QUESTÃO QUE NÃO FOI SUSCITADA EM ACLARATÓRIOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. **Nos casos em que a violação da lei federal surge no próprio acórdão recorrido, a jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à necessidade de oposição de embargos de declaração para viabilizar o acesso às instâncias superiores** (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.013.103/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 3/8/2017).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.294.282/GO, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 3/9/2018 - grifo nosso)

De outra parte, no que se refere à suposta ilegalidade na exclusão da majorante referente ao repouso noturno, a insurgência é admissível e, no mérito, merece acolhida.

Ora, esta Corte, ao julgar o REsp n. 1.979.989/RS (Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 22/6/2022, DJe 27/6/2022), submetido ao rito dos **recursos repetitivos**, firmou o entendimento de que *a situação de repouso está configurada quando presente a condição de sossego/tranquilidade do período da noite, caso em que, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilita-se a concretização do crime, razão pela qual **são irrelevantes** os fatos das vítimas estarem, ou não, dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, **em estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou em veículos, bastando que o furto ocorra, obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso***. Eis a ementa do acórdão exarado naquele julgamento:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. DELITO DE FURTO. REPOUSO NOTURNO. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HORÁRIO DE RECOLHIMENTO. PERÍODO DE MAIOR VULNERABILIDADE DOS BENS. MENOR CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. MAIOR PROBABILIDADE DE ÊXITO NA EMPREITADA CRIMINOSA. REQUISITOS. PRÁTICA DELITIVA À

NOITE E EM SITUAÇÃO DE REPOUSO. PECULIARIDADES. AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO. LOCAL HABITADO. VÍTIMA DORMINDO. SITUAÇÕES IRRELEVANTES. RESIDÊNCIAS, LOJAS, VEÍCULOS OU VIAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. CASO EM EXAME. TENTATIVA DE FURTO DE BATERIA DE VEÍCULO ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA, COM ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍODO DA MADRUGADA. SEM VIGILÂNCIA DO BEM. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. AFASTADA EM RAZÃO DA ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.891.007/RJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO. FIRMAMENTO DAS TESES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço.

1.1. No tocante ao horário de aplicação, este Superior Tribunal de Justiça já definiu que "este é variável, devendo obedecer aos costumes locais relativos à hora em que a população se recolhe e a em que desperta para a vida cotidiana". Sendo assim, não há um horário prefixado, devendo, portanto, atentar-se às características da vida cotidiana da localidade (REsp 1.659.208/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 31/3/2017).

1.2. Em um análise objetivo-jurídica do art. 155, §1º, do CP, percebe-se que o legislador pretendeu sancionar de forma mais severa o furtador que se beneficia dessa condição de sossego/tranquilidade, presente no período da noite, para, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilitar-lhe a concretização do intento criminoso.

1.3. O crime de furto só implicará no aumento de um terço se o fato ocorrer, obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso. Nas hipóteses concretas, será importante extrair dos autos as peculiares da localidade em que ocorreu o delito.

2. Este Tribunal passou a destacar a irrelevância do local estar ou não habitado, ou o fato da vítima estar ou não dormindo no momento do crime para os fins aqui propostos, bastando que a atuação criminosa seja realizada no período da noite e sem a vigilância do bem. Seguiu-se à orientação de que para a incidência da causa de aumento não importava o local em que o furto fora cometido, em residências, habitadas ou não, lojas e veículos, bem como em vias públicas.

2.1. Assim, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, na hora em que a população se recolhe para descansar, valendo-se da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, a pena será aumentada de um terço, não importando se as vítimas estão ou não dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, em estabelecimento comercial, residência desabitada, via pública ou veículos.

3. No caso concreto, mediante rompimento de obstáculo, o réu tentou subtrair a bateria de um veículo que estava estacionado em via pública, no município de Getúlio Vargas/RS, por volta das 3 horas da manhã, com pouca circulação de pessoas e, por conseguinte, menor vigilância e maior vulnerabilidade do bem, caso em que seria perfeitamente possível a incidência da causa de aumento do §1º do art. 155 do CP.

3.1. Ocorre que, em atendimento ao recurso especial representativo de controvérsia n. 1.891.007/RJ, não é possível restabelecer a majorante ao crime de furto em comento, pois estamos a falar de um furto qualificado.

4. Delimitadas as teses jurídicas para os fins dos arts. 927, III, 1.039 e seguintes do CPC/2015 : 1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço. 2. O repouso noturno compreende o período em que a população se recolhe para descansar, devendo o julgador atentar-se às características do caso concreto.

3. A situação de repouso está configurada quando presente a condição de sossego/tranquilidade do período da noite, caso em que, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilita-se a concretização do crime.

4. São irrelevantes os fatos das vítimas estarem, ou não, dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, em estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou em veículos, bastando que o furto ocorra,

obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.979.989/RS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 22/6/2022, REPDJe 30/6/2022, DJe 27/6/2022)

No caso dos autos, a Corte de origem dissentiu dessa orientação (fl. 149):

[...] sendo inaplicável a do repouso noturno (art. 155, § 1º) por se tratar de estabelecimento comercial no qual não havia ninguém repousando no momento do fato, ficando o dia-multa estipulado no mínimo legal.

[...]

É o caso, pois, de restabelecer a majorante em questão, inclusive no patamar fixado na sentença (1/3), circunstância essa que enseja a elevação da reprimenda corporal a 2 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime aberto e a substituição concedida na Corte de origem, notadamente porque o réu é primário e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **conhecer em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **dar-lhe provimento**, a fim de restabelecer a majorante referente ao repouso noturno e redimensionar a pena imposta ao agravado a 2 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime aberto e a substituição deferida na Corte de origem (Processo n. 0469539-60.2011.8.06.0001, da 15ª Vara Criminal de Fortaleza/CE).

Dê-se ciência ao Juízo de primeiro grau.

Publique-se.

Brasília, 24 de fevereiro de 2023.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator