

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.828.023 - DF (2019/0216090-7)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**  
**RECORRIDO** : **GUSTAVO HENRIQUE DE OLIVEIRA NUNES**  
**ADVOGADOS** : **NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UDF**  
**MARCEL MARTINS REGO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -**  
**DF055493**

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. POSSÍVEL A CONSIDERAÇÃO. CONDUTA PRATICADA DURANTE O REPOUSO NOTURNO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa na Apelação n.º 20170110533472APR (0011406-53.2017.8.07.0001).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Recorrido às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal (fls. 132-136).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu provimento para, afastando a valoração negativa do vetor atinente às circunstâncias do delito e a incidência da majorante relativa ao repouso noturno, redimensionar as reprimendas impostas aos patamares de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 (onze) dias-multa, nos termos da seguinte ementa (fl. 179):

*"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME AFASTADA. CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. INCIDÊNCIA APENAS NO FURTO SIMPLES. EXCLUSÃO. PENA PECUNIÁRIA. REDUÇÃO.*

# Superior Tribunal de Justiça

*1. Afasta-se a análise desfavorável das circunstâncias do crime quando a fundamentação não é idônea para este fim.*

*2. A causa de aumento da pena relativa ao repouso noturno aplica-se somente ao furto simples, sendo incompatível com a modalidade qualificada, inteligência decorrente da topografia normativa inserta no Código Penal.*

*3. Reduz-se a pena pecuniária do apelante em face da natureza do delito, da situação econômica do réu e para guardar certa proporção com a pena privativa de liberdade.*

*4. Apelação conhecida e provida."*

Sustenta a Acusação, nas razões do recurso especial, afronta ao art. 155, § 1.º, ambos do Código Penal.

Alega que não é incompatível com o furto qualificado a incidência da majorante atinente à prática do citado delito durante o repouso noturno.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 209-212. O recurso especial foi admitido (fls. 215-217).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 227-228, opinando pelo provimento do apelo nobre.

É o relatório.

Decido.

No que concerne à incidência da majorante do repouso noturno, o aresto atacado apresenta a seguinte fundamentação (fls. 183-185; sem grifos no original):

*"b) Da majorante do repouso noturno.*

*Razão assiste à defesa.*

*No caso, a Juíza Sentenciante reconheceu a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, a qual majora a pena por ter sido o crime cometido durante o repouso noturno.*

*Na hipótese dos autos, entendo que **não se pode considerar o fato de o crime ser cometido durante o repouso noturno como causa de aumento, uma vez que se trata de furto qualificado pelo concurso de agentes e pelo rompimento de obstáculos, o que impede o reconhecimento da referida majorante, que se aplica apenas ao furto simples.***

*[...]*

*Portanto, afasta-se a incidência da majorante do repouso noturno para agravar a pena do furto qualificado."*

Como se vê, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a causa de aumento de pena prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, relativa à prática de furto durante o repouso noturno, incide na forma simples e na qualificada do delito.

Nesse sentido:

**"RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REPOUSO NOTURNO. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.**

1. Nos termos do art. 155, § 2º, do CP, constatada a reincidência do réu, mostra-se descabido o reconhecimento do furto privilegiado, bem como a consequente redução de pena dele decorrente. *Precedentes.*

2. Segundo jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, **a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno pode incidir tanto no furto simples quanto no qualificado, inexistindo incompatibilidade entre os institutos.** *Precedentes.*

3. *Recurso parcialmente provido.*" (REsp 1.724.648/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018; sem grifos no original.)

**"PENAL. FURTO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO CASO DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MATÉRIA DE DIREITO. SÚMULA N. 7/STJ. INAPLICABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. FURTO PRATICADO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.**

1. A discussão travada nos autos diz respeito à matéria de direito (compatibilidade da incidência da causa de aumento da pena – repouso noturno – nos casos de furto qualificado), não havendo necessidade de nova incursão no acervo fático-probatório para julgamento do caso. Inaplicável o óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. A decisão agravada que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais adotou tese prequestionada na origem, motivo pelo qual não há que se falar em supressão de instância.

3. Segundo o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, **a majorante do período noturno pode incidir nas hipóteses de furto qualificado.**

4. A majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal deve ser reconhecida mesmo nas hipóteses de furto praticado em estabelecimento

*comercial, tendo em vista a maior vulnerabilidade do patrimônio no período de repouso noturno. Precedentes.*

5. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 1.724.452/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar a pena do Recorrido.

1.<sup>a</sup> Fase – Mantida a pena-base fixada pelo Tribunal de origem, isto é, 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão;

2.<sup>a</sup> Fase – Conforme estabelecido no édito condenatório e corroborado no acórdão recorrido, foram reconhecidas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, bem como a compensação integral entre essas. Portanto, a reprimenda intermediária permanece no patamar antes mencionado; e

3.<sup>a</sup> Fase – De acordo com o delineado na sentença e no aresto atacado, não há causas de redução de pena a sopesar. Por outro lado, retoma-se, nos termos desta decisão, a causa de aumento relativa ao repouso noturno em 1/3 (um terço) – conforme a sentença primeva – e, por conseguinte, **as sanções definitivas são fixadas em 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.**

Ante o exposto, CONHEÇO E DOU PROVIMENTO ao recurso especial para restabelecer a majorante relativa ao repouso noturno e redimensionar as sanções impostas ao Recorrido aos patamares estabelecidos neste *decisum*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora