

RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.778 - SP (2019/0342263-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : HAMILTON SILVA
ADVOGADO : BRUNO MACHADO DA SILVA - SP404966

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0000066-24.2018.8.26.0333.

Nas razões do especial, o *Parquet* aponta a violação do art. 155, § 1º, do Código Penal, bem como a existência de dissídio jurisprudencial, sobre possibilidade de incidência da majorante relativa ao repouso noturno no furto, quando o delito for cometido em residência desabitada.

Requer o provimento do recurso especial, a fim de que seja reconhecida a referida majorante, com o redimensionamento das penas.

Apresentadas as contrarrazões (fl. 431) e admitido o recurso (fl. 436), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 447-449), que opinou pelo **seu provimento**.

Decido.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivos pelos quais conheço do especial e passo à análise das impugnações.

Consta dos autos que os réus foram condenados pela prática do delito de furto triplamente qualificado. O Juízo monocrático afastou a incidência do repouso noturno, por "não ser cabível o seu reconhecimento no furto qualificado" (fl. 237).

A Corte estadual, em que pese haver dado parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de excluir a qualificadora de

rompimento de obstáculo, negou provimento à apelação interposta pela acusação. Sobre a configuração da majorante, ressaltou (fl. 368, grifei):

Mantém-se o afastamento da majorante do furto noturno, não pelo motivo invocado pela Magistrada (suposto não cabimento em furto qualificado), mas **pelo simples fato de que o local, quando da ação, encontrava-se desocupado**, segundo Márcia. **Seu pai, único que lá estava naquela data, deixara a casa por volta das 18h30, o que possibilitou, aliás, que os agentes revirassem o imóvel.**

Com efeito, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que o critério para o agravamento da pena deve ser objetivo e não depender de o local dos fatos estar habitado ou de seus moradores estarem dormindo, pois a *men legis* seria proteger as residências e os estabelecimentos comerciais no momento em que se acham mais vulneráveis, e não a tranquilidade das vítimas. Ilustrativamente:

[...]

IV - A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 308-312), suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

(HC n. 501.072/SC, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 11/6/2019)

[...]

1. Incide a causa de aumento de pena referente à prática do crime de furto durante o repouso noturno ainda que o local dos fatos seja estabelecimento comercial ou residência desabitada, tendo em vista a maior vulnerabilidade do patrimônio. Precedentes.

2. Ao contrário do sustentado pelo agravante, no caso, não houve necessidade de incursão no acervo probatório dos

autos, para se concluir pela violação ao art. 155, § 1º, Código Penal, uma vez que a situação fática já estava delineada no acórdão recorrido. Não há se falar, portanto, na incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.582.497/MG, Rel. Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 28/8/2017)

Logo, o posicionamento adotado pela Corte estadual está em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, razão pela qual deve ser reconhecida a incidência do repouso noturno.

Caracterizada a violação legal atinente à terceira etapa da dosimetria, passo à readequação da pena.

Partindo dos critérios adotados no acórdão impugnado, verifico que as penas-bases foram fixadas no mínimo legal, em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda etapa, as penas de Nilton e Hamilton permaneceram inalteradas, por força da Súmula n. 231 do STJ, em que pese haver sido reconhecida a confissão espontânea. Em relação à Aparecido, a reincidência foi compensada com a confissão. Por fim, reconhecida a causa de aumento especial do repouso noturno, elevo as penas em 1/3, o que as torna definitivamente estabelecidas em **2 anos e 8 meses de reclusão, mas 11 dias-multa**.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, para reconhecer a incidência do repouso noturno e elevar as penas para **2 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa**.

Corrija-se a autuação, a fim de constar o nome de todos os recorridos.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator