

RECURSO ESPECIAL Nº 1.807.517 - RS (2019/0105370-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **ODAIR JOSE DOS SANTOS DA SILVA**
ADVOGADOS : **RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : **EDUARDO FRANCISCO MORAES**
ADVOGADO : **ROBSON LAZZARI - RS085453**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interposto em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que os recorridos foram condenados pela prática dos delitos tipificados no art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, c/c 14, II, do Código Penal (furto tentado), à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto - Odaír - substituída por pena restritiva de direitos e 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto - Eduardo - substituída por pena restritiva de direitos.

Irresignada, a defesa de Eduardo interpôs recurso de apelação, que restou provido parcialmente para absolvê-lo, com base no art. 386, VI, do CPP, c/c 26 do Código Penal, aplicando-lhe a medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 01 (um) ano.

O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. FURTO QUALIFICADO.

Caso em que, restou devidamente demonstrado na prova constante dos autos a participação do réu Eduardo na prática do crime descrito na denúncia.

AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Situação que recomenda a decretação de nulidade do auto de exame indireto de dano, pois ausente informação acerca de serem os cidadãos que o realizaram possuidores de curso superior. A exigência mínima para a realização do referido exame é a de que seja procedido por um perito oficial, portador de diploma em curso superior,

ou, na falta deste, por duas pessoas idôneas, possuidoras de diploma em curso superior, consoante o Art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal. Em que pese à nulidade do auto de exame indireto de dano, o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo é medida imperiosa, pois a prova testemunhai dá conta que o vidro da vitrine da loja foi quebrado, o que tomou possível a subtração da Res.

MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO (ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). AFASTAMENTO. Para a configuração da majorante do repouso noturno não basta que o crime tenha sido perpetrado à noite, mas que a ação criminosa tenha sido praticada durante o repouso noturno, pressupondo a situação de descanso, menor vigilância e, portanto, de maior vulnerabilidade da Res, e, assim, maior a audácia do agente, o que não ocorreu no caso dos autos, pois figura como vítima um estabelecimento comercial. INIMPUTABILIDADE DO RÉU RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA.

No caso dos autos, restou devidamente demonstrada a inimputabilidade do réu através do processo de interdição e da comprovação de que o réu Eduardo portador de esquizofrenia, motivo pelo qual a absolvição é medida que se impõe, com a aplicação de medida de segurança consistente, in casu, em tratamento ambulatorial.

APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE.

Opostos embargos de declaração pelo *Parquet*, estes restaram rejeitados.

Na petição de recurso especial, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul aponta violação ao disposto no art. 155, § 1º, do CP e 149 e 153, do Código de Processo Penal. Sustenta, em síntese, que no caso de dúvida sobre a integridade mental do acusado deve ser instaurado, obrigatoriamente, incidente de insanidade mental. Alega que a majorante de repouso noturno incide em qualquer hipótese, seja em prédio residencial ou comercial.

Contrarrazões às fls. 460/467.

Admitido o recurso (fls. 483/488), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo provimento do recurso (fls. 507/513).

É o relatório. Decido.

O recurso merece parcial provimento.

Com efeito, havendo dúvidas sobre a integridade mental do acusado, deve ser instaurado o incidente de insanidade mental. No sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. OFENSA AOS ARTS. 155 E 156 DO CPP. REQUERIMENTO DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 112 E 564, INCISO I, DO CPP. DESCUMPRIMENTO DE REGRA DE IMPEDIMENTO. NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. OFENSA AOS ARTS. 149 E 400, § 1.º, DO CPP. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL NÃO OBRIGATÓRIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE INIMPUTABILIDADE. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSÁRIO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. OFENSA AO ART. 294 DO CTB. DISPOSITIVO APONTADO DISSOCIADO DAS RAZÕES DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SÚMULA 284/STF. PLEITO DE CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - São cabíveis embargos de declaração, quando, no decisum embargado, houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do disposto no artigo 619 do Código de Processo Penal, podendo, também, ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência.

II - Na hipótese, é patente que, sob o pretexto de que fossem sanadas supostas omissões e contradições, no v. acórdão de apelação criminal, o agravante pretendia o mero reexame da matéria já julgada, com efeitos infringentes, situação que não se coaduna com a estreita via dos declaratórios.

III - Extraí-se do acórdão impugnado que a Defesa apenas requereu a diligência probatória indeferida pelo juiz em razões recursais e não por ocasião das alegações finais, como aventado no apelo nobre. Assim, resulta patente a desconexão entre a fundamentação do recurso especial e o que resultou decidido na origem, incidindo o óbice da Súmula 284/STF.

IV - A eg. Corte de origem deixou claro que a atuação anterior mínima da advogada da parte como serventuária no processo - promoção dos autos para decisão do juiz - não causou qualquer prejuízo à Defesa.

V - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não deve ser declarada a nulidade do ato processual, ainda que se trate de nulidade absoluta, se dele não derivou qualquer prejuízo palpável à parte.

VI - Somente a dúvida relevante sobre a integridade

mental do acusado serve de motivação para a instauração do incidente de insanidade mental, sendo certo que o simples requerimento, por si só, não obriga o juiz a determinar a sua realização. In casu, o interrogado não deu qualquer indício de inimputabilidade.

VII - A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, que tem a duração de dois meses a cinco anos, está prevista no art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro, e foi com base nesse preceito que a medida foi imposta pelas instâncias ordinárias.

VIII - O dispositivo apontado como violado pelo agravante, art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro, não alberga a sua tese e está dissociado das razões do v. acórdão objurgado (Súmula 284/STF).

IX - O perdão judicial não pode ser analisado nesta superior instância sem ter sido abordado pela eg. Corte a quo (Súmulas 282 e 356/STF).

Agravo regimental desprovido (AgInt no REsp 1.727.673/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/5/2018)

Ocorre que, no caso concreto, o Tribunal de origem afastou a sua necessidade em razão da visível incapacidade do réu, "*o qual destoa da realidade (mídia a fl. 126)*" (fl. 435).

De outra parte, esta Corte firmou o entendimento de que para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal é suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, em razão da menor vigilância do bem.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. ART. 155, § 1º, DO CP. FURTO CIRCUNSTANCIADO. PERÍODO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. POSSIBILIDADE.

1. Para a incidência da causa especial de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, faz-se suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, entre outros.

2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o

Superior Tribunal de Justiça

entendimento assentado na decisão agravada.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.251.465/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 20/02/2014).

CRIMINAL. RESP. FURTO. DELITO COMETIDO À NOITE, EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL FECHADO. IRRELEVÂNCIA PARA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO RELATIVA AO REPOUSO NOTURNO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Para a incidência da causa especial de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, é suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, sendo irrelevante o fato de que o crime tenha sido cometido em estabelecimento comercial que se encontrava fechado. Precedentes.

Acórdão recorrido que deve ser reformado, a fim de que seja restabelecida a sentença monocrática, no tocante ao reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no § 1.º, do art. 155 do Código Penal.

Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator (REsp. 1.191.065/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012).

Dessarte, constata-se que o Tribunal local dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a majorante prevista no art. 155, § 1º, do CP, imposta na sentença penal condenatória.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator