



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2145238 - TO (2022/0178649-2)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : JEFFERSON GABRIEL SILVA SOUSA
AGRAVANTE : THIERRY RODRIGUES DA SILVA SOUSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ARTIGO 155, § 4º, INCISOS I e IV, DO CP. REPOUSO NOTURNO. UTILIZAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - A decisão agravada está correta, pois observou o entendimento, fixado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no Tema Repetitivo n. 1087, de que "*A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)*" (REsp n. 1.888.756/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª S., DJe 27/6/2022), onde restou admitido, por compreensão majoritária, a possibilidade de a prática do furto durante o período de repouso noturno ser considerada na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP).

II - Assentada a possibilidade de consideração da causa de aumento do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) quando do cometimento do furto qualificado, verifica-se, da análise do excerto colacionado, que, nesse ponto, a Corte de origem invocou fundamentos para manter a valoração negativa culpabilidade e, por conseguinte, exasperar a pena-base do crime de furto, não se verificando flagrante ilegalidade.

III - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal **a quo** para reconhecer o pleito defensivo, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental.

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1),

Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de junho de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2145238 - TO (2022/0178649-2)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : JEFFERSON GABRIEL SILVA SOUSA
AGRAVANTE : THIERRY RODRIGUES DA SILVA SOUSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ARTIGO 155, § 4º, INCISOS I e IV, DO CP. REPOUSO NOTURNO. UTILIZAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I - A decisão agravada está correta, pois observou o entendimento, fixado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no Tema Repetitivo n. 1087, de que "*A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)*" (REsp n. 1.888.756/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª S., DJe 27/6/2022), onde restou admitido, por compreensão majoritária, a possibilidade de a prática do furto durante o período de repouso noturno ser considerada na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP).

II - Assentada a possibilidade de consideração da causa de aumento do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) quando do cometimento do furto qualificado, verifica-se, da análise do excerto colacionado, que, nesse ponto, a Corte de origem invocou fundamentos para manter a valoração negativa culpabilidade e, por conseguinte, exasperar a pena-base do crime de furto, não se verificando flagrante ilegalidade.

III - Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal **a quo** para reconhecer o pleito defensivo, demandaria o revolvimento, no presente recurso,

do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

Agravo regimental **desprovido**.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **JEFFERSON GABRIEL SILVA SOUSA e THIERRY RODRIGUES DA SILVA SOUSA** contra a decisão de fls. 434-439, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

Nas razões do agravo regimental (fls. 446-452), o agravante alega que *"o que se discute é o dispositivo legal violado, pois na sentença e no acórdão está explicitado que ocorreu um furto em período noturno, e a violação da norma legal se inicia a partir do momento em que o juiz decidiu aumentar a pena base por circunstância que só seria empregada na terceira fase da dosimetria, por já existir tipo penal determinado, todavia, não houve manifestação acusatória. Sendo assim, além de ser uma violação à ampla defesa, pois tal circunstância não foi debatida durante a instrução criminal, por não ter sido imputado a penalidade pelo Ministério Público, também há uma violação ao princípio da legalidade. Resta claro que a questão em tela não incide os efeitos da súmula 7/STJ que, a própria Corte Superior, com significativa frequência, julga casos extremamente semelhantes ao presente, em que se trata somente de reavaliação dos elementos"* (fl. 450).

Requer, portanto, a reconsideração da decisão agravada para que o recurso especial seja examinado e provido ou o encaminhamento dos autos ao Colegiado para a análise da matéria.

É o relatório.

VOTO

Não obstante os argumentos apresentados pela Defesa, o presente recurso não comporta provimento.

A questão a ser analisada cinge-se à dosimetria da pena-base que, no presente caso, foi fixada acima no mínimo legal, em virtude da valoração negativa da culpabilidade. Aduz a defesa que *"o repouso noturno não pode ter o condão de majorar a pena na primeira fase do cálculo da pena, pois é uma causa de aumento inserida no art.155, §1º, do CP. Essa conclusão é uma derivação do princípio da legalidade que rege*

Inicialmente, faz-se necessário observar que a operação de dosimetria da pena está vinculada ao conjunto fático-probatório dos autos. Desse modo, a revisão do cálculo pelas instâncias superiores depende da constatação de ocorrência de ilegalidade flagrante, que justifique a revisão da pena imposta a partir da adequada valoração dos fatos e provas que delineiam as circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

É preciso ter presente que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto. Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

No caso em apreço, os fundamentos exarados pelo Tribunal **a quo** quanto à culpabilidade são os que se segue (fls. 336 e 338):

"Quanto ao primeiro apelante, na primeira fase da fixação da pena o Magistrado de origem considerou desfavoráveis as variantes referentes à culpabilidade, conduta social e consequências do crime. Para tanto o juiz argumentou que:

"- culpabilidade (juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente): o crime foi praticando durante a noite, momento em que a vítima se encontrava trabalhando em seu restaurante, fato este de conhecimento dos réus, bem como em coautoria, situação que deverá ser levada em consideração;

(...)

No tocante à culpabilidade, entendo que o juízo negativo deve ser mantido, posto que fundado em elementos concretos e retirados do contexto fático dos autos, sendo prudente asseverar que o furto praticado durante o repouso noturno é passível de aumento de

pena, mas, no caso, essa causa não foi observada na denúncia e, portanto, permitida sua utilização como argumento para a valoração negativa da culpabilidade.."

(...)

Em relação à culpabilidade, a conclusão é exatamente a mesma adotada no caso do primeiro recorrente, eis que o fundamento que levou à valoração negativa é o mesmo: fato praticado durante o repouso noturno".

Mister consignar a tese firmada por esta Corte, quando do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.888.756, 1.890.981 e 1.891.007, representativos do Tema 1.087, publicado em 27/06/2022, segundo a qual *"A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)".*

No referido julgado, restou decidido que:

"Ora, é evidente que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período.

Assim, é razoável admitir a possibilidade de, diante das circunstâncias fáticas, a prática do furto durante o período de repouso noturno ser levada em consideração na dosimetria da pena. Em outras palavras, se a incidência da majorante no furto qualificado mostra-se excessiva, poderá ser utilizada como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP).

Nessa oportunidade, o órgão julgador avaliará, sob a ótica de sua discricionariedade, o elemento relativo ao espaço temporal em que a infração foi cometida, podendo, se assim considerar, analisar a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime com maior reprovabilidade. Esse proceder possibilitaria calibrar a reprimenda de modo a atender o postulado da proporcionalidade diante do caso concreto. Entretanto, ressalte-se que essa matéria – possibilidade de consideração da causa de aumento relativa ao repouso noturno como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) quando do cometimento do furto qualificado – não enseja a fixação de tese vinculante na via do recurso especial repetitivo, visto que a variabilidade dos conceitos empregados no exercício discricionário do órgão julgador na confecção da primeira etapa da dosimetria penal é incompatível com o estabelecimento de fundamentos vinculatórios, tais como os exigidos na fixação de tese no sistema de precedentes judiciais".

Como visto, restou admitido, por compreensão majoritária, a possibilidade de a prática do furto durante o período de repouso noturno ser considerada na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), de modo a calibrar a reprimenda, atendendo ao postulado da proporcionalidade diante do caso concreto.

Assentada a possibilidade de consideração da causa de aumento do repouso

noturno como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) quando do cometimento do furto qualificado, verifica-se, da análise do excerto colacionado, que, nesse ponto, a Corte de origem invocou fundamentos para manter a valoração negativa culpabilidade e, por conseguinte, exasperar a pena-base do crime de furto, não se verificando flagrante ilegalidade.

E, para dissentir do sobredito entendimento, imprescindível seria o revolvimento fático-probatório dos autos de origem.

Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, segundo a qual *"a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"*.

Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal **a quo** para reconhecer o pleito defensivo, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O exame dos elementos que justificaram a negativa do pedido de restituição nas instâncias ordinárias implicaria o inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório do incidente, o que é vedado na via extraordinária do recurso especial, pela incidência da Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp 1235074/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018).

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 1.452.154/MG, relator Ministro **Nefi Cordeiro**, **Sexta Turma**, DJe de 5/9/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PERDIMENTO DE BENS PARA A UNIÃO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DE AUTOMÓVEL UTILIZADO NO TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. EXPRESSA MENÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO INTERPOSTO. SÚMULA N. 126/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ.1.

(..)

3. *"Tendo as instâncias de origem concluído pela utilização do automóvel e do imóvel para fins de tráfico de entorpecentes e, assim, determinado a expropriação, seria inviável esta Corte Superior concluir em sentido contrário, pois demandaria maior incursão no suporte fático-probatório delineado nos autos, providência incabível na seara do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ" (AgRg no REsp n. 1.952.366/MS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 8/10/2021).*

4. *Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 2.093.309/MG, relator Ministro **Olindo Menezes** (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), **Sexta Turma**, DJe de 26/8/2022).*

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0178649-2

**AgRg no
AREsp 2.145.238 /
TO
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00051803220168272710 51803220168272710 539545453521

EM MESA

JULGADO: 20/06/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JEFFERSON GABRIEL SILVA SOUSA
AGRAVANTE : THIERRY RODRIGUES DA SILVA SOUSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JEFFERSON GABRIEL SILVA SOUSA
AGRAVANTE : THIERRY RODRIGUES DA SILVA SOUSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

C542524515=44<511;461@

2022/0178649-2 - AREsp 2145238 Petição : 2023/0037558-2 (AgRg)