



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1888756 - SP (2020/0201498-1)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MARCO AURELIO DOS SANTOS ALVES**
ADVOGADO : **JOSÉ LUIZ PINTO BENITES - SP168924**
INTERES. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento.

2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP.

3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade.

4. Tese jurídica: **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).**

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator), dando parcial provimento ao recurso especial, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, fixando a seguinte tese: "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)".

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 25 de maio de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0201498-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.888.756 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001269-73.2015.8.26.0673 00012697320158260673 12697320158260673 98/2015 982015
EM MESA JULGADO: 23/02/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MARCO AURELIO DOS SANTOS ALVES
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ PINTO BENITES - SP168924
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

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

CERTIDÃO

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

Após o relatório e as sustentações orais das Defensorias Públicas do Estado de São Paulo e da União, bem como a manifestação do Ministério Público Federal, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1888756 - SP (2020/0201498-1)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MARCO AURELIO DOS SANTOS ALVES**
ADVOGADO : **JOSÉ LUIZ PINTO BENITES - SP168924**
INTERES. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. FURTO. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULATÓRIO. REEXAME DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adéquem à possibilidade de evolução de entendimento.

2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP.

3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade.

4. Tese jurídica: **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).**

5. Recurso especial parcialmente provido.

RELATÓRIO

Proposta ação penal pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em desfavor de MARCO AURÉLIO DOS SANTOS ALVES, foi julgada procedente para condená-lo pelo crime descrito no art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, do CP (fls. 253-260).

Interposta apelação pelo réu, foi-lhe dado parcial provimento para afastar a causa de aumento do art. 155, § 1º, do CP, pois aplicável apenas ao furto simples, e não ao furto qualificado. O acórdão foi assim ementado (fl. 317):

1. Apelação Criminal Furto qualificado (rompimento de obstáculo e escalada), praticado em

estabelecimento comercial.

2. Materialidade delitiva e autoria não impugnadas.

3. Penas A atenuante da confissão espontânea não se aplica à espécie, porque o acusado admitiu o furto na fase inquisitiva da persecução penal, mas não o fez integralmente, e não confirmou a confissão policial em juízo, porque permaneceu revel.

4. Repouso noturno Não incidência do § 1º do artigo 155 do Código Penal na hipótese de furto qualificado.

5. Recurso provido em parte, para afastar a incidência do § 1º do artigo 155 do Código Penal, com conseqüente redução da pena.

Agora, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra referido acórdão.

Alega que o posicionamento adotado no acórdão recorrido – o de que, tratando-se de furto qualificado, afasta-se, no cálculo da pena, o acréscimo decorrente da causa de aumento do repouso noturno – violou o disposto no art. 155, § 1º, do CPP.

Pondera que não há impedimento a que a mencionada causa de aumento se aplique também ao furto qualificado. Aduz que a orientação do STJ é a de que não há incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa a seu cometimento no período noturno.

Argumenta, também com base na orientação do STJ, que, havendo a ocorrência de furto qualificado com a causa de aumento atinente ao repouso noturno, leva-se menos em consideração a ordem topográfica das circunstâncias que impliquem elevação ou redução da reprimenda e mais a constatação de serem estas, independentemente da ordem em que previstas, compatíveis entre si.

Sustenta ainda que o entendimento do acórdão recorrido diverge da orientação jurisprudencial do STJ.

Requer, pois, a reforma do acórdão recorrido para que se restabeleça a sentença.

O recurso especial foi admitido à fl. 365.

Às fls. 385-388, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, diante da controvérsia suscitada – (im)possibilidade de a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir tanto no crime de furto simples (*caput*) quanto na sua forma qualificada (§ 4º) –, qualificou o presente recurso especial e os REsps n. 1.891.007/RJ e 1.890.981/SP como representativos da controvérsia e candidatos à afetação, impondo aos feitos o rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do RISTJ.

Ressaltou ainda que o recurso especial preenche os requisitos para a tramitação. Quanto à característica multitudinária da controvérsia, destacou que, "em consulta à pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível recuperar aproximadamente 47 acórdãos e 844 decisões monocráticas proferidas por Ministros das Quinta e Sexta Turmas, contendo a controvérsia destes autos"

(fl. 386). Por conseguinte, determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da admissibilidade do apelo para tramitar como representativo da controvérsia.

Às fls. 391-397, o Ministério Público Federal manifestou-se pela admissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia.

Após, com fundamento nos arts. 46-A e 256-D, II, do RISTJ, c/c o inciso I do art. 2º da Portaria STJ/GP n. 299/2017, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes determinou a distribuição do feito (fls. 401-403).

Às fls. 420-425, houve, por unanimidade, a afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C).

O Ministério Público Federal, às fls. 437-445, manifestou-se pelo provimento do recurso especial repetitivo com seus consectários legais, dando ênfase à inexistência de incompatibilidade "entre a causa de aumento prevista topologicamente em posição anterior e o tipo simples ou qualificado do furto previsto posteriormente".

A Defensoria Pública da União, às fls. 451-458, requereu a fixação da tese no sentido da "impossibilidade de a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir na forma qualificada do furto (§ 4º)".

É o relatório.

VOTO

A controvérsia suscitada no presente recurso especial repetitivo diz respeito à possibilidade de a causa de aumento do § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir tanto no crime de furto simples (*caput*) quanto na sua forma qualificada (§ 4º).

Os posicionamentos que visam dirimir a questão objeto de exame são divergentes. Perpassam por orientações doutrinárias e judiciais que serão relatadas para, a partir delas, concluir-se pelos fundamentos da *ratio decidendi* do precedente judicial a ser estabelecido.

I - Correntes doutrinárias acerca do tema

Registre-se que há posições doutrinárias divergentes a respeito da possibilidade de a causa de aumento do § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir no crime de furto qualificado (§ 4º).

Por um lado, Nelson Hungria^[1], Noronha^[2], Fragoso^[3], Prado^[4], Greco^[5] e Gonçalves^[6] pontuam a impossibilidade de aplicação da causa de aumento de pena referente ao cometimento do furto durante o período noturno (art. 155, § 1º, do CP)^[7] ao furto qualificado pelas disposições técnicas topográficas do Código Penal. Fragoso^[8] e Prado^[9], embora reconheçam a impossibilidade de

incidência da majorante, ressaltam que ela pode ser considerada na fase dosimétrica prevista no 59 do CP.

Contudo, não se pode deixar de observar que também há posicionamentos doutrinários em sentido diverso, ou seja, no da possibilidade de incidência da causa de aumento relacionada ao furto noturno sobre o furto qualificado.

Pondera Nucci[10] que não há motivo para se desprezar, pela razão topográfica, uma causa de aumento ou de diminuição quando perfeitamente compatível com a situação fática descrita por uma ou mais qualificadoras. Já Busato [11] afirma que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período.

II - Orientação jurisprudencial acerca da matéria

a) Orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal [12], no julgamento do HC n. 130.952/MG (relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/2/2017), ação originária, decidiu-se que, inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Destaque-se, a propósito, que essa tem sido a reiterada orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria [13] em julgamentos de *habeas corpus*.

b) Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Especificamente de 2000 a 2010, o Superior Tribunal de Justiça tinha posição assentada no sentido de que a causa especial de aumento do § 1º do art. 155 do CP (crime praticado no período noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4º, do CP). Para tanto, foi considerada a posição sistemática dos dispositivos na construção do tipo penal e o fato de as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4º já serem graves o suficiente para determinar justa punição ao autor da infração penal[14].

A partir de 2014, houve mudança de posicionamento e, na mesma linha da orientação do Supremo Tribunal Federal, preponderou a orientação de que a causa de aumento do § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime de furto durante o repouso noturno, é aplicável tanto à forma simples quanto à qualificada do delito de furto[15]. Essa orientação, vigente na atualidade, tem por justificativa os seguintes fundamentos:

a) A circunstância de a causa de aumento de pena referente ao cometimento do furto durante o repouso noturno encontrar-se topologicamente acima das disposições relativas ao furto qualificado não impede sua incidência [16].

b) A lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período [17].

c) A circunstância em que se dá a causa de aumento de pena pelo cometimento de furto durante o repouso noturno guarda compatibilidade com o tipo penal *furto*, simples ou qualificado, não se constatando, nesse proceder, assimetria – seja de ordem objetiva seja de ordem subjetiva – quando da conjugação desses dispositivos na aplicação da pena [18].

Em algumas oportunidades, decidiu também o Superior Tribunal de Justiça[19] que, no crime de furto, pode-se considerar o fato de o delito haver sido perpetrado durante o repouso noturno tanto como circunstância judicial desfavorável quanto, na terceira fase da dosimetria da pena, como

majorante (§ 1º do art. 155 do Código Penal).

III - Análise da tese jurídica

Apresentados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria, segue a exposição dos fundamentos que compoem a tese jurídica do precedente jurisprudencial.

Ressalte-se, preliminarmente, que se pode pensar que a fixação de um precedente judicial guarda relação direta com a consolidação da orientação jurisprudencial uníssona e reiterada do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo quanto coincidente com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, essa premissa não é absoluta. Se a orientação jurisprudencial não guarda compatibilidade com a melhor interpretação dos postulados de regência e com o contexto social em que se insere a aplicação das normas jurídicas, mostra-se inequívoca a necessidade de sua revisão, mormente quando desta resultará um posicionamento judicial vinculatório que pressupõe segurança jurídica e, por conseguinte, longevidade. Assim, a construção de precedente judicial na via do recurso especial repetitivo constitui momento adequado para o reexame de entendimentos derivados da interpretação do direito infraconstitucional, para que se mantenham ou se adêquem a novas realidades.

Feitas essas considerações, esclareça-se que a questão deduzida, consoante já demonstrado, suscita dúvida acerca do alcance de uma proposição legal, ou seja, sobre a possibilidade de incidência da causa de aumento de pena relativa ao cometimento do furto noturno no furto qualificado. Nessas hipóteses, para a resolução da controvérsia, é necessária a utilização de métodos hermenêuticos de maior primazia no caso específico, a saber, sistemático-topográfico e teleológico.

O primeiro deles a se pontuar, até porque considerado nos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, **é o referente à posição topográfica** do § 1º do art. 155 do CP.

A disposição técnica do Código Penal assim se apresenta: refere-se o art. 155, § 1º, do CP à pena do furto simples, prevista no *caput* desse dispositivo. Desse modo, não se refere à cominação do furto qualificado, que se encontra três parágrafos depois. Seguindo a técnica legislativa, para que considerasse aplicável a majorante no furto qualificado, deveria o legislador colocar o § 1º após a pena atribuída, o que não ocorreu. Se a qualificação do delito é apresentada em parágrafo posterior ao que trata da majorante, é porque o legislador afastou a incidência desta em relação aos crimes qualificados previstos no § 4º do art. 155 do CP. Nesse contexto, aderindo a uma interpretação sistemática sob o viés topográfico, em que se define a extensão interpretativa de um dispositivo legal levando-se em conta sua localização no conjunto normativo, a aplicação da referida causa de aumento limitar-se-ia ao furto simples, não incidindo, pois, no furto qualificado.

Outra forma interpretativa para dirimir a questão é o **método hermenêutico teleológico**. Aqui, o que se propõe é a averiguação do objetivo da norma, de seus fins sociais, objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando se busca o atendimento a esses aspectos, especialmente o relativo à dignidade humana, devem ser atendidos os **princípios da proporcionalidade e da taxatividade**.

Sob o viés do **princípio da proporcionalidade**, objetiva-se evitar excesso de punição, mormente a possibilidade de aplicação de reprimendas mais severas a infrações que refletem menor gravidade, assim como evitar que haja proteção insuficiente aos bens jurídicos resguardados pelas normas penais.

Ora, a agravação da pena derivada da incidência da majorante do furto noturno nas hipóteses

do furto qualificado resultaria em um desproporcional quantitativo. Veja-se: o dispositivo relacionado ao furto cometido durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP) prevê acréscimo fixo de 1/3 da pena. Se possível a incidência dessa mesma majorante no furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), seriam gerados aumentos excessivos no quantitativo da pena: se considerada a pena mínima, o acréscimo seria de 8 meses (pena mínima de 2 anos do crime qualificado, aumentada em 1/3). De outra parte, se considerada a pena máxima, o aumento resultaria em 2 anos e 8 meses. Dessa forma, a pena do crime de furto qualificado, acrescida do *quantum* relativo à incidência da majorante, desconsiderando-se a incidência de quaisquer outras circunstâncias agravantes ou causas de aumento, poderia resultar em 10 anos e 8 meses, pena superior à do crime de roubo, tipo penal em que se protegem não só bens patrimoniais, tal qual no crime de furto, mas também a integridade corporal. Sendo assim, não se mostra razoável que determinada pena possa ser semelhante para crimes de gravidades diversas, como são o furto, ainda que em sua forma qualificada, e o roubo.

Acrescente-se, também sob o enfoque do **princípio da proporcionalidade**, que, sendo a controvérsia a interpretação de normas penais que podem ensejar, em um cenário de dúvida, a incidência de penas mais severas, é razoável que também se analise o tema sob a perspectiva das circunstâncias a seguir relacionadas, muitas delas relativas à política criminal, que não contribuirão para a concretização do escopo preventivo, repressivo e reabilitatório do Direito Penal: a) busca de resolução de questões sociais mediante a exagerada edição da legislação penal e processual penal mais severa; b) existência de componentes administrativos na seara criminal que operam com deficiência, tais como os estabelecimentos prisionais, a sobrecarga dos tribunais, a ineficácia de aplicação de penas clássicas, sobretudo sobre o aspecto da reabilitação do condenado, o alto custo do sistema penitenciário associado à escassez de recursos públicos para sua manutenção e melhoria, etc.

Deve-se registrar também que o **princípio da proporcionalidade** destina-se igualmente a evitar a proteção insuficiente ou deficiente dos bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal.

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.

Sob o prisma do **princípio da taxatividade**, como garantia expressa do **postulado da legalidade**, deve-se entender que, ao ser positivada uma norma penal incriminadora – tal como uma causa de aumento de pena –, deve ela ser clara e precisa com vistas a não permitir discricionariedades, bem como ser de fácil compreensão para os destinatários.

Efetivamente, não há precisão e clareza desejáveis na proposição penal prevista no art. 155, §

1º, do CP quando se deve definir sua aplicabilidade tanto ao furto simples quanto ao furto qualificado. Restrita essa norma a indicar situação temporal em que há aumento de pena, não se veem nela elementos que lhe confirmam extensão para que incida nas hipóteses do furto qualificado. Pensamento diverso, de modo a justificar a incidência extensiva dessa disposição legal, equivaleria a um agravamento dos tipos já existentes através de uma reinterpretção de garantias do Direito Penal, especialmente aquela relacionada à interpretação favorável ao réu nos casos em que há dúvida acerca do sentido da norma. Deve-se ressaltar que a interpretação no sentido de possibilitar a existência de bens jurídico-penais não expressamente definidos amplia os espaços de riscos jurídico-penais relevantes e a flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, circunstâncias que não condizem com a excepcionalidade inerente às normas penais sancionatórias, assim como não se compatibilizam com a necessária segurança jurídica, fundamento do Direito Penal.

Também não se justifica a premissa de que, uma vez possível a aplicação da regra do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP) ao furto qualificado, seria possível a incidência da causa de aumento relativa ao cometimento do furto durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP) no furto qualificado.

Essa situação merece algumas observações.

O privilégio previsto no § 2º do art. 155 e a causa de aumento relativa ao furto noturno são hipóteses fático-jurídicas diversas. A primeira refere-se a uma norma penal **não** incriminadora; a segunda, a uma causa de aumento, uma norma penal incriminadora.

Sendo o furto privilegiado uma norma não incriminadora [20], pode comportar extensividade quando utilizado para integração do sistema jurídico penal. Já o furto cometido durante o repouso noturno, por ser uma norma incriminadora [21], **tem sua extensividade vedada, visto que tem por consectário o agravamento da situação do réu.** Com efeito, o uso de raciocínio analógico integrativo no âmbito do Direito Penal é inadmissível em hipótese em que haja prejuízo para o acusado.

Desse modo, também sob a ótica de uma **interpretação finalística**, em que se deve conferir aplicabilidade aos princípios da proporcionalidade e da taxatividade, a incidência da causa de aumento referente ao cometimento do furto noturno limita-se ao furto simples, não se aplicando ao furto qualificado.

No cenário exposto, fixa-se, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015, a seguinte tese jurídica: **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).**

IV - Caso concreto

A seguir, passo à resolução do caso concreto suscitado no recurso especial.

Na espécie, foi julgada procedente ação penal para condenar o recorrido pelo crime previsto no art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, do CP. Na oportunidade, foi aplicada a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º), resultando no aumento de pena de 1/3 no tipo *furto qualificado* (CP, art. 155, § 4º, I e II). A dosimetria da pena foi realizada nos seguintes termos (fls. 257-258):

Na primeira fase, analisadas as diretrizes do art. 59 do CP, verifico que o réu não ostenta antecedentes criminais (F. A. às fls. 179/181, certidões às fls. 185, 186, 195/197), em que pese a sua ficha criminal, pois não há condenação anterior aos fatos transitada em julgado; agiu com culpabilidade normal à espécie, não há elementos para valorar a conduta social, nem a personalidade

do réu; os motivos são próprios do crime; as circunstâncias merecem valoração no que toca ao rompimento de obstáculo, uma vez que a escalada é suficiente para qualificar o crime; as consequências do crime merecem valoração negativa, pois os itens subtraídos não foram recuperados pelo ofendido; não há o que se valorar a respeito do comportamento da vítima; Assim, fixo a pena base acima do patamar mínimo, em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias atenuantes, estando presente concurso de qualificadoras, sendo assim apenas uma qualifica, tendo servido a outra como agravante comum. Neste passo, adoto como circunstância agravante a qualificadora da escalada, passando a pena intermediária a 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e pagamento de 19 dias-multa.

Na terceira fase, não há causas de diminuição, mas presente a causa de aumento de pena do repouso noturno, aumento a pena de 1/3, razão pela qual fixo a pena definitiva em 5 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 25 dias-multa.

Não há notícias da condição econômica do réu. Sendo assim, o valor unitário dos dias-multa deve ser fixado no mínimo de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Deverá o acusado iniciar o cumprimento da pena corporal imposta em regime semiaberto, vez que a pena é superior a 4 anos e são desfavoráveis as circunstâncias judiciais.

Interposto subsequente recurso de apelação, foi parcialmente provido para afastar a causa de aumento do § 1º do art. 155 do CP e, por consequência, reduzir a pena aplicada.

Desse modo, considerando os fundamentos utilizados no julgamento do recurso especial repetitivo relativos à possibilidade de consideração da causa de aumento do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) quando do cometimento do furto qualificado, os quais, como já dito, não compuseram a tese jurídica fixada, o recurso especial deve ser provido para que seja considerada, na primeira fase do procedimento dosimétrico, a circunstância relativa ao cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno.

Acrescente-se ainda a necessidade de retificação do processo dosimétrico no que se refere à forma em que foram consideradas as qualificadoras do crime de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, I a IV). Na espécie, na primeira fase da dosimetria, foi tido como causa de negatização da circunstância judicial relativa às circunstâncias do crime o fato de o delito haver sido cometido com rompimento de obstáculo. Já na segunda fase, foi considerada como circunstância agravante a qualificadora da escalada.

Ora, havendo a presença de duas qualificadoras, uma deve ser utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, e a outra valorada como agravante quando da confecção da segunda fase da dosimetria como agravante genérica, desde que não haja previsão legal expressa, ou, de forma residual, na primeira etapa dosimétrica, como circunstância judicial negativa a fundamentar a majoração da pena-base (AgRg no AREsp n. 1.570.541/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 29/10/2020). De outra parte, havendo apenas duas qualificadoras, considerá-las para qualificar o tipo, aumentar a pena-base e agravar a pena na segunda etapa da dosimetria é procedimento vedado pelo princípio do *non bis in idem*.

Sendo assim, **o recurso especial deve ser parcialmente provido** para que, refeita a sentença condenatória, seja considerada, na primeira fase do procedimento dosimétrico, a circunstância relativa ao cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno. **De ofício**, também determino que, no refazimento do cálculo da pena, sejam as duas qualificadoras do crime de furto mencionadas – rompimento de obstáculo e escalada – consideradas para a qualificação do delito e, exasperação da pena-

base ou agravamento da reprimenda na segunda fase da dosimetria.

Ante o exposto, **conheço do recurso especial repetitivo para:**

a) **fixar a seguinte tese jurídica: 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);**

b) **dar parcial provimento ao recurso especial** para que, refeita a sentença condenatória, seja considerada, na primeira fase do procedimento dosimétrico, a circunstância relativa ao cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno. **De ofício**, também determino que, no refazimento do cálculo da pena, sejam as duas qualificadoras do crime de furto mencionadas – rompimento de obstáculo e escalada – consideradas para a qualificação do delito, bem como para a exasperação da pena-base ou agravamento da reprimenda na segunda fase da dosimetria.

[1] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VII, p. 27.

[2] NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 252-253.

[3] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial: volume I - arts. 121 a 212 do CP*. 9. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 271.

[4] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

[5] GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2020, p. 523-524.

[6] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: parte especial*. Coord. Pedro Lenza. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

[7] Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

[8] FRAGOSO, op. cit.

[9] PRADO, op. cit.

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

[11] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Especial. Artigos 121 a 234-C do Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 445.

[12] HC n. 130.952/MG, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/2/2017.

[13] Acórdãos: HC n. 180.966-AgR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 21/5/2020; HC n. 181.389, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 25/5/2020; HC n. 123.934, relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/11/2014. Decisões

monocráticas: HC n. 180.966, relator Ministro Luiz Fux, DJe de 7/2/2020; HC n. 201.717, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 14/5/2021; RHC n. 203.946, relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 5/7/2021.

[14] HC n. 10.240/RS, relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 21/10/1999, DJ de 14/2/2000, p. 79; REsp n. 940.245/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2007, DJe de 10/3/2008; HC n. 131.391/MA, relator Ministro Celso Limongi, Sexta Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 6/9/2010.

[15] HC n. 306.450/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/12/2014, DJe de 17/12/2014; AgRg no AREsp n. 741.482/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe de 14/9/2015; REsp n. 1.624.292/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe de 28/4/2017.

[16] REsp n. 1.353.693/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/9/2016.

[17] EREsp n. 842.425/RS, relator Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe de 2/9/2011.

[18] AgRg no HC n. 674.534/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/8/2021; AgRg no HC n. 697.683/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 19/11/2021; AgRg no REsp n. 1.821.939/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 23/6/2020; REsp n. 1.353.693/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/9/2016; AgInt no HC n. 439.716/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 1º/8/2018.

[19] AgRg no AgRg no AREsp n. 354.371/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe de 27/3/2018; REsp n. 1.644.551/PR, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe de 25/5/2018; REsp n. 1.730.288/SC, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 28/5/2018.

[20] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, fl. 185. Segundo o autor, é quase pacífica a orientação quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não incriminadoras (v.g., excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes). Aliás, Carrara já lecionava que as normas "eximentes ou escusantes" podiam ser estendidas, por analogia, de caso a caso, tendo sempre em conta que, na dúvida, aceita-se a doutrina mais benigna.

[21] PRADO, op. cit. Segundo Luiz Regis Prado, o emprego do argumento analógico sofre restrições no que toca às normas incriminadoras e às normas penas não incriminadoras quando prejudiciais ao réu. Portanto, as normas penais que definem o injusto culpável e estabelecem suas consequências jurídicas não são passíveis de aplicação analógica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.888.756 - SP (2020/0201498-1)

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Senhor Presidente,

Acompanho o Relator em seu alentado voto, em especial quanto ao argumento que aponta a desproporção da resposta penal nos casos em que o furto qualificado, já punido com maior rigor pelo legislador, recebe também o acréscimo da causa de aumento do repouso noturno.

Com efeito, após a consolidação de que a causa de diminuição de pena prevista no art. 155, §2.º, do Código Penal poderia ser aplicada ao furto qualificado, passou-se a cogitar também da incidência da causa de aumento prevista no §1.º do art. 155 do Código Penal para outras hipóteses que vão além do furto simples.

No entanto, ainda que se entenda que a interpretação desfavorável não seja de *per si* vedada pela legislação, cuida-se de ampliação que, a meu sentir, traz uma carga punitivista incompatível com o Direito Penal moderno e que acaba por impor o significativo aumento de 1/3 sobre a pena de um delito cometido sem violência ou grave ameaça.

Notadamente, como bem ponderou o eminente Relator, se o cometimento do crime durante o repouso noturno eventualmente trouxe uma maior gravidade concreta, nada obsta que o julgador considere tal fato no momento de dosar a pena na primeira fase da dosimetria, o que possibilita uma individualização mais justa e proporcional.

Com essas breves ponderações, Senhor Presidente, acompanho integralmente o eminente Relator quanto à tese e à solução conferida ao caso concreto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0201498-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.888.756 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001269-73.2015.8.26.0673 00012697320158260673 12697320158260673 98/2015 982015
EM MESA JULGADO: 25/05/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MARCO AURELIO DOS SANTOS ALVES
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ PINTO BENITES - SP168924
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

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

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator), dando parcial provimento ao recurso especial, a Terceira Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, fixando a seguinte tese: "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)".

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.