

Registro: 2025.0000007072

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1526220-92.2019.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante MAICON MOREIRA, é apelado MAURICIO ANTONIO DIONIZIO PINTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Corrige o erro material verificado no dispositivo da sentença, pois Maicon foi condenado por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, (e não artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, como constou). No mérito, negaram provimento ao recurso ministerial e deram parcial provimento ao apelo defensivo (de Maicon) para afastar os maus antecedentes, mas sem reflexo em sua pena final, mantidos os demais termos da r. sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente) E XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

TETSUZO NAMBA

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 15475

Apelação Criminal nº 1526220-92.2019.8.26.0228

Comarca: 27ª Vara Criminal de São Paulo

Juíza de Direito: doutora Paloma Moreira de Assis Carvalho

Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Maicon Moreira

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo, Maicon Moreira e Mauricio Antonio Dionizio Pinto (absolvido)

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Maicon e Maurício foram denunciados por tentativa de furto qualificado, mediante arrombamento e concurso de pessoas, de um celular avaliado em R\$ 1.000,00, pertencente à Ótica Nissi Mei. Maicon foi condenado à pena de um ano de reclusão, substituída por prestação de serviços à comunidade, enquanto Maurício foi absolvido.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de condenação de Maurício com base na qualificadora de concurso de pessoas e (ii) a aplicação do furto privilegiado a Maicon, considerando o valor do bem subtraído.

III. Razões de Decidir

3. A autoria de Maicon foi comprovada por sua confissão parcial e apreensão do bem em seu poder. Há dúvida quanto à participação de Maurício, baseada em sua presença no local e posse de ferramenta, não é suficiente para condenação, aplicando-se o princípio do in dubio pro reo.

4. O valor do celular, avaliado em R\$ 1.000,00, não permite o reconhecimento do furto privilegiado, pois não se enquadra como de pequeno valor.

5. A qualificadora de rompimento de obstáculo foi confirmada por laudo pericial, mas o afastamento da qualificadora de concurso de pessoas é

mantido devido à ausência de provas suficientes da participação de outro agente.

IV. Dispositivo e Tese

6. Recurso ministerial desprovido. Recurso defensivo parcialmente provido para afastar os maus antecedentes de Maicon, sem reflexo na pena final.

Tese de julgamento: 1. A absolvição de Maurício é mantida por falta de provas suficientes para sua condenação. 2. O furto privilegiado não se aplica a Maicon devido ao valor do bem. 3. A qualificadora de rompimento de obstáculo é mantida, mas não a de concurso de pessoas.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 155, § 4º, incisos I e IV; art. 14, inciso II; art. 33, § 2º, alínea "c"; art. 44.

Código de Processo Penal, art. 386, inciso VII.

Jurisprudência Citada:

TACRIM, Ap. nº 1.047.937/5, Rel. Juiz Carlos Biasotti.

Apelação Criminal nº 0006850-26.2017.8.26.0309, Des. Xavier de Souza.

AP 580/SP, Rel. Min. Rosa Weber, STF.

AP 595/SC, Rel. Min. Luiz Fux, STF.

I – Relatório em acréscimo ao de fls. 316/317

Maicon e Maurício foram denunciados por infração ao **artigo 155, § 4º, inciso I e IV, c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal, porque, no dia **31.10.2019**, por volta de **20h30**, na rua Padre João, nº 168, Penha, nesta Capital, tentaram subtrair, para proveito comum, mediante arrombamento e agindo em concurso e unidade de desígnios, um aparelho celular da marca Samsung, avaliado em R\$ 1.000,00, pertencente à empresa “Ótica Nissi Mei”, representada por J. B. L., somente não conseguindo consumir o delito por circunstâncias alheias às suas vontades. Ambos, utilizando uma chave de roda, arrombaram a porta principal do estabelecimento. Maurício teria permanecido na porta, exercendo a função de vigia, enquanto Maicon entrou no local e**

subtraiu o celular. Todavia, policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram Maurício parado em frente ao estabelecimento, tendo demonstrado nervosismo ao avistar a viatura. Ele foi abordado e, em seu poder, os policiais localizaram uma chave de roda. Durante a abordagem, os policiais constataram o arrombamento da porta principal. No interior do local, abordaram Maicon, sendo localizado em seu bolso o aparelho celular da vítima.

Ao término da instrução criminal, o douto Magistrado condenou Maicon à pena de um (1) ano de reclusão, em *regime inicial aberto*, em caso de conversão, e ao pagamento de cinco (5) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, por igual período, como incurso no **artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal**, mas absolveu **Maurício**, por força do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, recorre o **Ministério Público**, buscando, em suma, que Maurício seja também condenado nos termos da denúncia, devendo incidir em relação a ambos a qualificadora do concurso de pessoas (fls. 333/341).

E a **Defensoria Pública** interpôs recurso em prol de **Maicon**, sustentando o reconhecimento da hipótese de furto privilegiado, substituindo a pena corporal por multa (fls. 346/350).

Contrarrazões do Ministério Público a fls. 362/365, e das Defesas a fls. 351/358 e 395/398, para manutenção da r. sentença naquilo que deixaram de impugnar.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não acolhimento do apelo defensivo e pelo provimento do reclamo da Acusação (fls. 375/389).

A prova oral foi colhida por meio audiovisual, mídias disponíveis a fls. 305 e 315 (SAJ).

II – Fundamentação

De início, cumpre ressaltar que o dispositivo da r. sentença contém erro material, pois de acordo com a motivação adotada pela douta Magistrada (fls. 316/323), **Maicon** foi condenado por infração ao **artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal**, (e não *artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal*, como constou), o que fica corrigido de ofício.

No mais, o apelo ministerial não comporta provimento, mas o reclamo de Maicon pode ser provido parcialmente, respeitando o entendimento da culta Magistrada, doutora Paloma Moreira de Assis Carvalho.

A *materialidade delitiva* foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de fls. 6/7 e 13/17, boletim de ocorrência de fls. 8/12, auto de exibição e apreensão de fls. 18/19, auto de entrega de fls. 22/23, laudos periciais de fls. 203/205 e 206/213, e produção de prova em Juízo, tentou-se subtrair bem com valor econômico.

A *autoria* é atribuível a **Maicon**, sendo, de fato, duvidosa quanto a **Maurício**.

No distrito, **ambos ficaram em silêncio**, fls. 16/17, respaldados em norma de ordem constitucional.

Mais tarde, em Juízo, **Maicon confessou parcialmente os fatos**. Entrou no estabelecimento por uma janela dos fundos, não houve arrombamento. Agiu sozinho. Pegou o celular e, enquanto tentava sair pela mesma janela, foi abordado pela polícia. Não conhecia o corréu Maurício.

Maurício, por sua vez, negou sua participação no delito. Estava no local para recolher materiais recicláveis, pois havia muito lixo ali. Não sabia que Maicon estava dentro da loja. Conhece-o de vista. Encontrou a chave de roda dentro de uma mochila jogada no lixo.

A confissão de Maicon, ainda que parcial, pode ser aceita e a sua versão, no sentido de que Maurício não participou do furto, bem como a negativa deste não são inverossímeis. Ao menos, a partir da análise do restante da prova oral colhida em contraditório, existe dúvida quanto à efetiva participação de Maurício, a qual não pode ser interpretada em seu desfavor.

J., representante do estabelecimento vítima, declarou que estava em casa quando soube que a loja na Penha havia sido furtada. Compareceu à delegacia para registrar a ocorrência, oportunidade em que **foi informada que a porta de ferro do comércio havia sido arrombada, bem que os furtadores teriam tentado fugir pelo banheiro, danificando a pia. Uma mochila contendo cerca de vinte pares de óculos de sol e armações havia sido separada, mas não chegou a ser levada. Essas peças valem cerca de R\$ 3.500,00. Apenas um celular da loja chegou a ser levado, mas o aparelho foi recuperado pela polícia em poder de um furtador e entregue na delegacia.** Teve um prejuízo de R\$ 1.200 para consertar a porta e o banheiro. A loja não tinha câmeras de segurança. Soube que foram duas pessoas: uma ficou dentro da loja e a outra ficou do lado de fora. Não sabe se os furtadores confessaram o crime para a polícia.

“Não há desmerecer o valor da palavra da vítima: ao revés, sua condição de protagonista do evento delituoso é a que a credencia, sobre todos, a discorrer das circunstâncias dele. “Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta

as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade” (TACRIM – Ap. nº 1.047.937/5, Rel.: Juiz Carlos Biasotti).

Daniel, policial militar, narrou que, no dia dos fatos, realizavam regular patrulhamento pela avenida quando foram informados por um morador de rua que dois indivíduos estavam tentando furtar uma ótica. **Dirigiram-se ao local indicado. Havia um indivíduo em frente à loja, que demonstrou nervosismo ao avistar a viatura. Estava escuro e havia muito lixo no local. Seu colega de farda abordou esse indivíduo, enquanto ele ficou na segurança. Com ele, havia uma mochila que continha uma chave de roda. A porta da loja estava arrombada. De início, ele alegou que nada sabia. Contudo, ouviram um barulho vindo do interior da loja. Com a chegada do apoio solicitado, ingressaram no comércio, onde foi localizado outro indivíduo. Ele estava tentando fugir pela fresta de uma janela, mas não conseguiu. Durante as entrevistas, aquele indivíduo que estava do lado externo admitiu a sua participação, alegando dificuldades financeiras. Já aquele que estava no interior da loja confessou prontamente a tentativa de furto, para o fim de adquirir entorpecentes. O indivíduo que estava do lado de fora, estava parado ao lado da porta e, ao ver a polícia, abaixou-se. Não se recorda se havia marmita perto dele. Havia sacos de lixo no local. Ele estava com uma bolsa, o que ele confirmou, e continha uma ferramenta. A porta estava fechada, mas parcialmente arrombada, na altura de passar uma pessoa. O indivíduo, do lado de fora, não aparentava ser morador de rua, estava “vestido, normal”. Não havia carrinho de reciclagem junto a ele.**

Anderson, policial militar, depôs no mesmo sentido. Estavam em patrulhamento quando um popular informou sobre um furto em andamento, praticado por dois indivíduos, contra uma ótica. **Chegando ao local indicado, viram um indivíduo do lado de fora e outro do lado de dentro. O que estava do lado de fora tinha ferramentas disse que o outro o convidara para praticar o furto, iriam dividir os bens. Ele alegou que estava pegando**

materiais reciclados. Outra equipe chegou para apoiar a ocorrência. Não foi sua equipe que permaneceu no local.

Diante desse cenário, não há dúvida quanto à responsabilidade criminal de Maicon pela tentativa de furto, tanto que não houve insurgência defensiva na parcela.

Ele foi flagrado no interior do estabelecimento comercial, quando tentava fugir em poder de um aparelho celular pertencente ao comércio.

Cafferata Nores salienta que a posse da *res furtiva* é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (*La prueba en el proceso penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184).

“Em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório” (BMJ 91/6 e RJD 18/66).

De outro lado, em que pesem as ponderações do Ministério Público, os indícios de autoria desvendados na fase policial e que foram suficientes para embasar o recebimento da denúncia e o início da ação penal, não são suficientes para dar lastro à condenação de **Maurício** - a despeito das declarações dos policiais militares, cujas palavras, evidentemente, não se pretende desmerecer -, pois, na hipótese, seu envolvimento não ficou demonstrado com a certeza que se exige nesta seara, a indicar que a solução absolutória foi acertada quanto a ele.

Como se viu, um elemento indicativo de que Maurício poderia estar

participando do furto seria o fato de estar em frente ao estabelecimento comercial invadido e haver uma ferramenta na mochila que trazia consigo, que poderia ter sido utilizada para o arrombamento da porta do comércio. Isso, no entanto, **gera apenas presunção e não a certeza necessária para amparar uma condenação.**

Some-se a isso que nenhum bem da vítima foi apreendido em seu poder, não sendo possível afirmar, estreme de dúvida, que Mauricio tenha auxiliado Maicon na destruição do obstáculo ou que ambos estivessem conluiados para a realização do delito. Como bem ressaltado pela douta Magistrada, não houve testemunhas do ingresso na loja e os policiais militares afirmaram que Maurício encontrava-se do lado de fora do estabelecimento, em um local cheio de lixo e materiais recicláveis.

Sendo assim, a versão externada por Maurício - no sentido de que estava no local apenas recolhendo esses tipos de materiais - pode até não ser verdadeira, mas, na hipótese, como visto, não se mostrou inaceitável a ponto de ser desprezada, especialmente porque a prova produzida pela Acusação não foi suficiente para infirmá-la.

Não se está aqui a proclamar a sua inocência, entretanto, na hipótese, não há a certeza necessária de sua participação no furto nas provas reunidas durante a persecução penal. Está-se diante de uma suposição que, apesar de fundada, não foi definitivamente comprovada. **Não pode haver dúvida e no caso, quanto a Maurício, ela persiste.**

Para proferir-se uma condenação criminal é preciso que haja prova escoreita e segura da autoria delitiva para que a presunção de inocência que milita em favor dos acusados seja elidida. E no caso em estudo, isso não ocorreu, ao menos quanto a ele.

Em caso análogo, assim decidiu esta C. 11ª Câmara de Direito Criminal:

"Na dúvida, é melhor absolver um possível culpado do que condenar um provável inocente. É sempre pertinente lembrar que, remanescendo dúvida, por menor que seja, acerca da efetiva responsabilidade penal da apelada quanto ao fato que lhe foi atribuído na denúncia, melhor, mais prudente, que seja declarada sua absolvição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, por não se contentar o Direito Penal com meras probabilidades" (Apelação Criminal nº 0006850-26.2017.8.26.0309 - Des. Xavier de Souza – J. 2.7.2020 - P. 2.7.2020).

Confira-se, ainda:

"Aplicação do princípio 'in dubio pro reo'. Autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade. Tal não é bastante para condenação criminal, exigente de certeza plena. Como afirmou Carrara 'a prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática'. Deram parcial provimento. Unânime" (RJTJERGS 177/136). *"Se o fato existiu, mas a prova não pode precisar o que realmente ocorreu, o réu deve ser absolvido com fundamento no art. 386, VI, do CPP, e não no inciso I, do mesmo dispositivo"* (RJDTACRIM 22/395). O dispositivo legal em foco não é inconstitucional (*"O inc. VI do art. 386 do CPP, que prevê a absolvição do réu por insuficiência de prova para a condenação, não foi revogado pelo art. 5º, LVII, da CF, a autorizar a conclusão de que havendo dúvida razoável sobre a existência do fato, este deve ser considerado inexistente. Tal dispositivo constitucional consagra o princípio da inocência presumida até a sentença definitiva transitada em julgado e tão apenas impede que, antes de passar em julgado a sentença condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das conseqüências que a lei somente atribui como sanção punitiva"* (RT

677/370-1).

Ney Fayet sintetiza o posicionamento da doutrina sobre o dispositivo legal, esclarecendo que para se condenar o réu é necessário que estejam suficientemente provados no processo os seguintes requisitos: autoria, materialidade e culpabilidade. A dúvida sobre qualquer um desses requisitos levará o julgador a absolver o réu, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, por insuficiência de provas, mencionando lições de Romeu Pires de Campos Barros, Leone, Sabatini, Hélio Tornaghi, René Floriot e Heleno Cláudio Fragoso (*Sentença criminal e suas nulidades; lei, doutrina e jurisprudência*. 5ª ed. Rio de Janeiro, AIDE, 1987, p. 123-125).

Essa orientação jurisprudencial e doutrinária ainda é repetida, "Ausência de prova acima de dúvida razoável. Presunção de Inocência. Absolvição" (AP 580/SP - São Paulo - Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - Relatora Min. Rosa Weber, Julg. 13.12.2016) e AP 595/SC - Santa Catarina - Primeira Turma - Rel. Min. Luiz Fux - Julg. 25.11.2014.

Dessa forma, mantida a absolvição de Maurício por não estar demonstrada a contento a sua participação no delito, não há se falar em reconhecimento da qualificadora relativa ao *concurso de agentes*.

No mais, a qualificadora relativa ao *rompimento de obstáculo* foi devidamente demonstrada nos autos sobretudo pela prova técnica (**laudo pericial de fls. 206/213**), apesar da negativa do apelante nesse sentido, "(...) *Foram observados danos na porta que isolava o imóvel do passeio público, a porta era do tipo "cortina de enrolar" guarnecida de dois cadeados "de piso" e apresentava danos caracterizados por amolgamento, produzidos por instrumento desconhecido a guisa de alavanca aliado a esforço muscular*" (fls. 212).

Guiseppe Chiovenda ensina: “Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta (perito médico-legal, perito avaliador, perito agrimensor, perito arquiteto etc.). Aliás, pode-se escolher para perito ainda uma pessoa inculta, desde que versada na questão técnica discutida em Juízo (...). Quanto mais técnica é a questão submetida ao juiz, tanto maior é a utilidade da perícia” (*Instituições de direito processual civil*. V. III. Tradução da 2ª ed. por Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 143).

A pena aplicada a Maicon exige reparo, mas sem reflexo no “quantum”.

Desde já consigne-se que não se pode acolher a tese do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal). Um primeiro requisito é ser o agente primário, isso Maicon o é. Todavia, o valor do celular que tentou furtar não é pequeno, ao contrário, ele foi avaliado em R\$ 1.000,00 (fls. 18).

Na **primeira fase**, os maus antecedentes não poderão ser reconhecidos. Isso porque o registro mencionado na r. sentença (nº 1510394-26.2019.8.26.0228) na certidão de fls. 196/197 não contém informação a respeito da data do trânsito em julgado para a defesa, sendo inapto, portanto, para comprovar a presença de referida circunstância judicial negativa. Assim, a pena-base fica no mínimo legal, dois (2) anos de reclusão e dez (10) dias-multa.

Na **segunda fase**, a pena não sofre alteração, pois, em que pese o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, tal circunstância não

pode conduzir a pena aquém do patamar mínimo previsto pelo legislador, conforme Súmula 231, ESTJ,

Por fim, na **terceira fase**, diminuiu-se de 1/2, com intermediária fase para se concluir a infração penal, pois Maicon chegou a entrar no estabelecimento e já havia separado um dos bens que pretendia subtrair, somente não conseguindo consumir o delito porque foi surpreendido por policiais. Tem-se, assim, um (1) ano de reclusão e pagamento de cinco (5) dias-multa. Inexistiam causas de aumento.

A pena acima é final.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no mínimo, por falta de informações acerca da condição financeira do recorrente.

O **regime inicial aberto foi bem fixado**, para o cumprimento da pena alternativa, por força do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, face ao "quantum" da pena privativa da liberdade e por ser tecnicamente primário.

Na individualização da pena, deve-se realizar uma diagnose e uma prognose. Dessa forma, o regime aberto será suficiente para a prevenção, retribuição e ressocialização, fins da sanção penal. Não poderá alegar a falta de oportunidade para se emendar e arrepender-se.

No futuro, se voltar a praticar alguma infração penal, poder-se-á, sem qualquer equívoco, ser mais severo quanto à sua pena e regência carcerária, pois já sabe das nefastas consequências da prática de um ilícito penal.

Com razoabilidade e proporcionalidade, houve a **substituição da pena corporal por restritiva de direitos (prestação de serviço à comunidade, pelo mesmo período)**. A pena não é superior a 4 anos, ele não é

reincidente, a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade permitem a substituição, sendo ela suficiente para a responsabilização (artigo 44 do Código Penal). Em caso de descumprimento e conversão, o regime, como dito, será o aberto.

III - Conclusão

Ante o exposto, corrige-se o erro material verificado no dispositivo da sentença, pois **Maicon** foi condenado por infração ao **artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal**, (e não *artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal*, como constou), e, no mérito vota-se pelo não provimento do recurso ministerial e pelo acolhimento parcial do apelo defensivo (de Maicon) para **afastar os maus antecedentes**, mas sem reflexo em sua pena final, mantendo-se os demais termos da r. Sentença.

Recurso livre, fls. 322.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.