



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000276554

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502087-56.2024.8.26.0536, da Comarca de Cubatão, em que é apelante ROBSON FAUSTINO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 24 de março de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1502087-56.2024.8.26.0536

Apelante: Robson Faustino

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 3ª Vara da Comarca de Cubatão

Voto nº 5.488

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO (ARTIGO 155, CAPUT E § 1º, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE MAJORANTE NÃO CAPITULADA PELO ÓRGÃO ACUSADOR. NÃO ACOLHIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO REPOUSO NOTURNO DESCRITA NA DENÚNCIA. CAPITULAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS É COMPETÊNCIA DO JUIZ, NOS TERMOS DO ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO DO APELANTE CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA. APELANTE FLAGRADO LOGO APÓS O FURTO, NA POSSE DO PRODUTO DA SUBTRAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO BEM EVIDENCIADA. INCIDÊNCIA TAMBÉM NOS CASOS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E DESABITADO. TEMA REPETITIVO Nº 1.144 DO C. STJ. FURTO CONSUMADO. ACUSADO OBTVEU A POSSE TRANQUILA E DESVIGIADA DA *RES FURTIVA*, AINDA QUE POR BREVE LAPSO. TEORIA DA AMOTIO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 582 DO C. STJ. CONDENAÇÃO PRESERVADA.

DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES DO ACUSADO. UTILIZAÇÃO DO CÁLCULO DA OITAVA PARTE DO INTERVALO ENTRE A PENA MÁXIMA E A MÍNIMA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO. MÉTODO QUE COMPORTA REPARO PARA A EXASPERAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 SOBRE A PENA MÍNIMA. PRECEDENTES. 2ª FASE. NOVO AUMENTO DE 1/8 SOBRE A PENA BASILAR EM RAZÃO DA MULTIRREINCIDÊNCIA, PARCIALMENTE COMPENSADA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, NOS

TERMOS DA TESE FIXADA NO TEMA REPETITIVO Nº 585 DO C. STJ. MANUTENÇÃO DO PATAMAR APLICADO, POR SE MOSTRAR MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. 3ª FASE. AUMENTO DE 1/3 DA PENA PELA MAJORANTE RECONHECIDA (ARTIGO 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). REGIME FECHADO FIXADO MOSTROU-SE ADEQUADO, DIANTE DOS MAUS ANTECEDENTES E DA MULTIRREINCIDÊNCIA DO ACUSADO. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO OU CONCESSÃO DO SURSIS, POIS AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS (ARTIGOS 44 E 77 DO CÓDIGO PENAL).

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 127/136), proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Diego de Alencar Salazar Primo, da 3ª Vara da Comarca de Cubatão, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Robson Faustino**, qualificado nos autos, foi condenado ao cumprimento de 02 (dois) anos e 21 (vinte e um) de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 81 (oitenta e um) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 155, *caput* e § 1º, do Código Penal.

Irresignado, insurge-se o acusado sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença, ao argumento de que reconheceu a majorante do repouso noturno sem a capitulação na denúncia. No mérito, requer o afastamento da majorante do repouso noturno e o reconhecimento da tentativa, com a redução da pena na fração máxima (págs. 146/153).

Processado e contrariado o apelo (págs. 159/164), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento (págs. 184/189).

É o relatório.

Inicialmente, **afasta-se** a preliminar de nulidade

aventada pela d. Defesa.

Ao contrário do que aduz o apelante, a despeito da ausência de capitulação pelo órgão acusador, resultou expressamente descrita a causa de aumento da pena do repouso noturno, **“por volta das 21h”** (pág. 70).

Assim, não há se falar em violação ao princípio da congruência, até mesmo porque cabe ao magistrado atribuir a definição jurídica aos fatos narrados pela acusação, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

“A respeito do objeto do recurso, ainda que a denúncia não tenha citado expressamente o art. 155, § 1º, do CP, os fatos vieram suficientemente descritos, porque na inicial constou que o furto foi praticado de madrugada. Assim, foi seguido o procedimento da emendatio libelli, previsto no art. 383 do CPP, não havendo que se falar em violação ao princípio da correlação” (TJSP; Apelação Criminal 0001101-64.2017.8.26.0394; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Nova Odessa - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 19/04/2021; Data de Registro: 19/04/2021).

Superada a prefacial, no mérito, a irresignação comporta parcial acolhimento.

O acusado foi processado pelo crime de furto simples majorado pelo repouso noturno porque, segundo consta da denúncia:

“(...) no dia 28 de maio de 2024, por volta das 21h, no Acesso Rodovia dos Imigrantes, 55, pista sul, área rural, nesta cidade e comarca de Cubatão - SP, ROBSON FAUSTINO, qualificado às fls.29, subtraiu, para proveito próprio, coisa alheia móvel, consistente em dois

bocais de mangueira de hidrantes, com peso total de 2.307kg, avaliados em R\$ 26,00 (vinte e seis reais) o quilo, em prejuízo da vítima empresa Ecovias.

Segundo o apurado, ROBSON FAUSTINO caminhava por um dos túneis da empresa vítima, quando avistou um hidrante instalado nas margens da rodovia, momento em que resolveu praticar a subtração.

Na sequência, o denunciado se aproximou do hidrante e, utilizando uma faca, cortou os bocais da mangueira e os colocou no interior de uma mochila. Na posse dos bens subtraídos, o denunciado fugiu do local, consumando a subtração.

Ocorre que o representante da vítima foi acionado a respeito do furto e compareceu ao local dos fatos, encontrando o denunciado. Assim, acionou a Polícia Militar Rodoviária, que prontamente foi até o local.

Os policiais militares encontraram o suspeito com uma mochila e o abordaram. Durante a revista pessoal, foram localizados, no interior da mochila que o denunciado trazia consigo, os bens subtraídos, bem como a faca utilizada para cortar os bocais das mangueiras, efetuando a prisão em flagrante e o conduziram até a delegacia” (págs. 68/71).

Pois bem.

Não há dúvidas quanto à materialidade e autoria delitiva, tanto que o acusado sequer se irresignou a esse respeito em suas razões recursais. Ao revés, confessou amplamente a imputação, tal como articulada na denúncia, limitando-se a insurgência defensiva precipuamente a impugnar a reprimenda aplicada e ao montante indenizatório.

Interrogado em solo policial, o acusado confessou o delito. Disse que tinha usado drogas; viu os hidrantes e resolveu furtá-los para vender num ferro velho e comprar drogas.

No contraditório, ratificou a confissão:

“(…) que tem 38 anos de idade; que, antes de ser preso, vivia com sua mulher, na Vila Esperança; que não sabe o endereço; que não é casado; que tem um filho maior de idade, sem deficiência; que estudou até a terceira série; que é ajudante geral; que não estava trabalhando com carteira assinada; que faz tempo que não trabalha formalmente; que fazia bicos; que ganhava por média 50 reais por dia; que já foi processado e condenado por furto; que já foi condenado umas duas ou três vezes; que faz uso de álcool, cocaína, maconha; que, no dia dos fatos, havia usado droga; que estava fumando “pedra”, a droga acabou, sentiu abstinência e cometeu o delito; que foi abordado pelos policiais e foi para a delegacia; que se arrepende do que fez; que subtraiu os bocais de mangueira de hidrantes; que fez isso porque queria usar mais droga e porque faltava leite para o filho de sua esposa em casa” (pág. 130).

Referida confissão se ajustou aos elementos de convicção produzidos no contraditório.

O representante da empresa vítima narrou:

“(…) no dia dos fatos, estavam descendo a rodovia em inspeção, quando, no KM 55 +200 da pista sul, avistaram o acusado em uma bicicleta, com uma mochila; que parou e advertiu o réu de que não andasse de bicicleta na rodovia, ante o risco de atropelamento; que seguiu viagem; que, posteriormente, foi acionado com a informação de que a Polícia Rodoviária havia abordado o réu e estava pedindo ao depoente que retornasse ao local; que a Polícia Rodoviária revistou o acusado e encontrou as peças do hidrante, as quais estavam na mochila do réu; que o réu não disse nada ao depoente; que o que havia na mochila eram peças de hidrante pertencentes à Ecovias” (págs. 128/129).

E os esclarecimentos prestados pela vítima são merecedores de toda credibilidade, porque não se pode presumir que teria qualquer interesse em prejudicar indivíduo inocente, que sequer

conhecia.

Como já se decidiu:

“Em sede de crimes patrimoniais, a palavra da vítima, quando consonante com os demais elementos de prova colhidos nos autos, merece credibilidade e constitui prova relevante para formar a convicção do juízo.” (TJ-SP - Apelação Criminal nº 1503060-10.2019.8.26.0302, Relator(a): João Morenghi, 12ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 19/10/2022).

Os policiais militares prestaram esclarecimentos coerentes e harmônicos a respeito do fato.

Ricardo Lopes Pinheiro narrou:

“(...) que não conhecia o réu antes dos fatos; que, no dia dos fatos, foram acionados pelo centro de controle da PM, pois um funcionário da Ecovias havia visto um indivíduo praticando o furto de peças de hidrante; que foram ao local e avistaram o indivíduo próximo ao hidrante; que o abordaram e revistaram; que encontraram as peças; que o réu confirmou que as peças eram do hidrante e que ele as havia subtraído; que as peças estavam na bolsa do réu” (pág. 129).

No mesmo sentido o relato de sua colega de farda,
Ana Letícia Carvalho:

“(...) que não conhecia o réu anteriormente; que, no dia dos fatos, o controle operacional informou via rádio que havia uma pessoa dentro dos túneis tentando furtar alguma coisa lá dentro, pois viam pelas câmeras; que em patrulhamento encontraram o réu descendo o túnel de bicicleta; que, pelas características passadas, o abordaram, fizeram revista pessoal e encontraram dentro da bolsa os dois bocais de hidrante; que o réu admitiu que furtou para comprar drogas” (pág. 129).

Não bastasse, o acusado foi surpreendido pela vítima na posse da *res furtiva*, circunstância que inverte o ônus probatório e gera presunção de responsabilidade.

Nesse sentido converge a jurisprudência desta C. 15ª Câmara de Direito Criminal:

“(...) tendo sido o réu encontrado na posse da “res furtiva”, inverte-se o ônus da prova, impondo-se à Defesa demonstrar a sua origem lícita, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal” (TJ-SP - Apelação Criminal nº 0046852-05.2018.8.26.0050, Relator(a): Poças Leitão, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 29/09/2022).

“A apreensão do bem em poder do suspeito determina a inversão do ônus da prova, impondo ao acusado o dever de provar os fatos que alega” (TJ-SP - Apelação Criminal nº 1500177-44.2021.8.26.0618, Relator(a): Ricardo Sale Júnior, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 19/08/2021).

Dessa forma, os esclarecimentos firmes e seguros apresentados pelo representante da empresa vítima, somados às declarações prestadas pelos agentes da lei e à minuciosa confissão levada a efeito pelo acusado no contraditório, sem olvidar que foi ele surpreendido na posse do bem subtraído, constituem elementos probatórios contundentes, que levam à convicção segura da ocorrência do crime e autoria, tanto que a d. Defesa sequer se insurgiu sobre a autoria em suas razões recursais.

Não é o caso de afastar a majorante do repouso noturno ao argumento de que se tratava de estabelecimento desabitado.

O acusado valeu-se da facilidade proporcionada pelo horário do crime (por volta das 21h) para furtar os hidrantes, aproveitando, assim, da menor visibilidade noturna e da vigilância

diminuída.

Além disso, a incidência da majorante em questão não exige que se trate de estabelecimento residencial ou habitado. A respeito, eis a tese fixada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 1.144:

"1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço. 2. O repouso noturno compreende o período em que a população se recolhe para descansar, devendo o julgador atentar-se às características do caso concreto. 3. A situação de repouso está configurada quando presente a condição de sossego/tranquilidade do período da noite, caso em que, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilita-se a concretização do crime. 4. São irrelevantes os fatos das vítimas estarem ou não dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, em estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou em veículos, bastando que o furto ocorra, obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso". (grifei)

A despeito da insurgência defensiva, o crime restou consumado, pois houve a inversão da posse do bem subtraído, usufruída pelo acusado de maneira tranquila e desvigiada, que saiu por completo da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima, ainda que por breve lapso.

Eis o teor do enunciado da Súmula nº 582 do C. Superior Tribunal de Justiça, adotando a teoria da *amotio*, aplicável também ao caso de furto:

"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou

desvigiada”.

Logo, comprovada a ocorrência do crime e autoria, a manutenção da r. sentença condenatória é medida de rigor.

Passa-se à análise da reprimenda lançada.

1ª Fase. Em razão dos maus antecedentes do acusado (autos nº 0002082-77.2007.8.26.0157, com trânsito em julgado para a defesa em 16/11/2011 – págs. 32/33), o i. Magistrado Sentenciante exasperou a pena-base em 1/8 sobre a diferença entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito, resultando na pena de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa.

Eis a fundamentação adotada:

“Tendo em conta a diferença entre a pena mínima e a pena máxima abstratamente previstas no preceito secundário do tipo penal em referência, em respeito ao princípio da individualização da pena e a fim de evitar distorções na dosimetria e violação ao princípio da proporcionalidade, na dimensão de proibição de proteção insuficiente, hei por bem majorar a pena em 1/8 do intervalo entre esses limites para cada circunstância judicial negativa. Nesse sentido, o entendimento consolidado de ambas as Turmas com competência criminal do Superior Tribunal de Justiça (destaques meus)” (pág. 133).

Respeitado o entendimento do i. Juiz Sentenciante, o método de aumento da pena basilar comporta reparo, não se admitindo o uso do intervalo entre a pena mínima e a pena máxima e posterior cálculo da sua oitava parte para se chegar ao peso de cada circunstância judicial negativa.

Com efeito, prevalece na jurisprudência desta E.

Corte de Justiça que a fração de aumento na primeira fase do tríduo dosimétrico deve ter como parâmetro a pena mínima, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Nessa toada:

“Inicialmente, destaco observar inadequado o uso de “intervalo” entre as penas máxima e mínima. Trata-se de técnica específica para definição da pena-base, mas que não se justifica por não cumprir, convenientemente, o princípio da individualização da pena, surgindo fora da razoabilidade esperada para o ato. Se existe uma pena mínima, que deverá ser aplicada na primeira fase do cálculo na ausência de circunstâncias desfavoráveis, nada mais adequado do que utilizá-la como parâmetro, para eventuais acréscimos, respeitado, então, obviamente, o limite, igualmente previsto, da pena máxima imposta. Correção viável, mesmo que de ofício, respeitado o efeito devolutivo do recurso defensivo.” (TJSP; Apelação Criminal 0006951-10.2016.8.26.0047; Relator (a): Alcides Malossi Junior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; DJe 18/09/2023).

“Com efeito, na primeira fase da dosimetria, o cálculo da pena-base foi realizado levando em consideração o intervalo estabelecido entre a pena mínima e a pena máxima e, sobre este montante, a basal foi fixada acima do mínimo legal. Respeitados entendimentos diversos, a exacerbação deve ser computada sobre o valor da pena mínima e não sobre o intervalo existente entre pena mínima e a pena máxima, até mesmo porque os demais aumentos, se existirem, partirão da pena lançada na primeira fase.” (TJSP; Apelação Criminal 0000597-13.2020.8.26.0472; Relator (a): Fátima Gomes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; DJe 11/06/2021).

Assim, diante dos maus antecedentes do réu, mostra-se mais adequada a exasperação da basilar em 1/6 sobre o mínimo legal, resultando em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

2ª Fase. Na etapa intermediária, a agravante da

multirreincidência (autos nºs 1500212-22.2022.8.26.0536, com término do cumprimento da pena em 08/05/2023; 1502166-45.2018.8.26.0536, com início do processo de execução em 01/03/2020; 1502455-70.20218.26.0536, com início do processo de execução em 03/03/2022; 1501438.38.20178.26.0536, com pena julgada extinta em 27/02/2020 – págs. 35/36 e 75/76), foi parcialmente compensada com a atenuante da confissão espontânea, nos termos das teses fixadas no Tema Repetitivo nº 585 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Novamente, o MM. Juiz aplicou o aumento de 1/8, desta vez sobre a pena basilar anteriormente fixada, patamar de exasperação que fica mantido, por se mostrar mais favorável ao acusado e à míngua de insurgência ministerial.

Assim, a pena intermediária resta fixada em 01 (um) ano, 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

3ª Fase. Diante da majorante reconhecida (artigo 155, § 1º, do Código Penal), operou-se novo aumento de 1/3, resultando agora na reprimenda definitiva de 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Regime Prisional. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33 do Código Penal, considerando que o acusado possui maus antecedentes e é multirreincidente, escorreita a fixação do **REGIME FECHADO** para início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprobção pelo crime.

Substituição. Pelas mesmas razões, inviável a substituição da pena privativa por restritivas de direitos ou a concessão

do *sursis*, pois ausentes os requisitos legais (artigos 44 e 77 do Estatuto Repressivo).

Ex positis, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento ao recurso defensivo** apenas para, preservada a condenação, redimensionar a reprimenda final para *01 (um) ano, 08 (oito) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 16 (dezesseis) dias-multa*, no valor unitário mínimo, mantendo-se, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora