



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000342986

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502253-47.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JAIRO ELIAS SANT ANA FOGAÇA e PEDRO NELSON RODRIGUES, 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: **Negaram provimento ao recurso. 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), RICARDO SALE JÚNIOR E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

TERESA DE ALMEIDA RIBEIRO MAGALHÃES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

15ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502253-47.2021.8.26.0228

Apelantes: Jairo Elias Sant'Ana Fogaça e Pedro Nelson Rodrigues

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 21ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital

Voto nº: 179

APELAÇÃO CRIMINAL. Furto qualificado (art. 155, §4º, incisos I, III e IV, do Código Penal). Recurso defensivo. Materialidade e autoria comprovadas. Pretensão recursal visando exclusivamente a reforma da dosimetria.

Dosimetria. Jairo - 1ª Fase: Pena-base exasperada diante da presença de qualificadoras remanescentes como circunstância judicial desfavorável. Adequado. 2ª Fase: Confissão parcial e reincidência, aumento da pena na fração de 1/6 (um sexto). Mantida 3ª Fase: Ausentes causas de aumento e de diminuição. À mingua de recurso ministerial, mantenho o regime semiaberto. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, do CP) ou aplicação do sursis.

Dosimetria. Pedro - 1ª Fase: Pena-base fixada acima do mínimo legal, circunstância judicial desfavorável presente diante da presença das qualificadoras remanescentes. 2ª Fase: Ausentes agravantes e atenuantes. 3ª Fase: Ausentes causas de aumento e de diminuição. À mingua de recurso ministerial, mantenho o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (art. 44, do CP).

Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de págs. 224/231, da MMª. Juíza de Direito Dra.

Luciane Jabur Mouchaloite Figueiredo, cujo relatório se adota, que julgou procedente a denúncia para condenar como incurso no artigo 155, § 4º, incisos I, III e IV, do Código Penal, **Jairo Elias Sant'Ana Fogaça** à pena 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo, e **Pedro Nelson Rodrigues** à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

A pena privativa de liberdade de Pedro foi substituída por restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo período da pena privativa de liberdade, e prestação pecuniária equivalente a um salário-mínimo, para entidade credenciada junto à Vara de Execuções Criminais.

Irresignados, os apelantes almejam I) a fixação da pena-base no mínimo legal ou sua limitação na fração de 1/6, e II) reconhecimento da confissão espontânea para Jairo (págs. 239/244).

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões (págs. 247/251), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (págs. 263/273).

É o relatório.

A irresignação não comporta provimento.

Os réus foram processados e condenados pela prática do crime de furto qualificado, porque, segundo consta da denúncia:

“[...]no dia 25 de janeiro de 2020, às 04h40min,

Avenida Senador Jose Ermirio De Moraes, 1920 ("Espeto Da Serra"), bairro Tremembé, nesta cidade e comarca de São Paulo – SP, JAIRO ELIAS SANT ANA FOGAÇA em concurso com PEDRO NELSON RODRIGUES, ambos qualificados às fls. 08, durante conhecido estado de calamidade, subtraíram para ambos, mediante rompimento de barreira, com uso de chave falsa, diversos utensílios e suprimentos, em desfavor do estabelecimento comercial de razão social Maria De Fatima Oliveira Mei, representada por Marcel Melo.” (págs. 114/116).

Muito embora não tenha havido irresignação quanto à condenação dos apelantes, a materialidade e a autoria do delito ficaram bem demonstradas.

A materialidade delitiva restou evidenciada pelo boletim de ocorrência (págs. 8/12), auto de exibição, apreensão, entrega e avaliação (págs. 13/14), auto de avaliação (pág. 15), auto de exibição e apreensão (pág. 16), fotografias (págs. 32/46), laudo pericial da chave falsa (págs. 161/162) e laudo pericial (págs. 163/164).

A autoria, da mesma forma, é inconteste, especialmente pela prova oral colhida (mídias - págs. 217/218).

No tocante à dosimetria, objeto do recurso defensivo, temos que não assiste razão aos apelantes:

Jairo Elias Sant'Ana Fogaça:

1ª Fase. A MMª Juíza *a quo* exasperou a pena-base em 1/3 (um terço), sob o argumento de que “*Agiram com audácia, optando por praticar o crime durante a madrugada, quando são reduzidas a vigilância e a movimentação de carros e pessoas nas ruas, o que aumenta a reprovabilidade da conduta. Além disso, considero o prejuízo causado à vítima, na medida em que os réus arrombaram o portão metálico para subtrair os bens, sem qualquer ressarcimento dos danos. A vítima estimou seu prejuízo em 5 ou 6 mil reais. Levo em*

conta, também, a presença de três circunstâncias qualificadoras, sendo que utilizo uma delas para qualificar o crime e as outras duas como circunstâncias judiciais de majoração.” (pág. 229).

Correta a valoração das demais qualificadoras como circunstância judicial desfavorável. Neste sentido:

“Apelação criminal. Furtos qualificados praticados de maneira continuada (artigo 155, § 4º, incisos II e IV, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal)...Dosimetria. Penas-base fixadas na fração de 1/6 acima do mínimo legal. Qualificadora excedente considerada na primeira fase do cálculo dosimétrico. Possibilidade. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1513501-05.2024.8.26.0228; Relator (a): Erika Soares de Azevedo Mascarenhas; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/02/2025; Data de Registro: 06/02/2025)”

Os demais argumentos utilizados pela MMª. Juíza Sentenciante são suficientes para majorar a pena-base na fração estipulada, eis que as circunstâncias e consequências do crime extrapolaram o tipo penal.

O crime fora cometido durante repouso noturno, a demonstrar maior ousadia dos agentes. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. REPOUSO NOTURNO. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA O RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A revisão da dosimetria da pena somente é possível

em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

2. A Terceira Seção desta Corte de Justiça, ao analisar a controvérsia suscitada no REsp n. 1.888.756/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, fixou, no Tema n. 1.087, sob a Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, a tese no sentido 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, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022.). Todavia, no voto condutor do acima citado acórdão e, também, como informações complementares à ementa do referido julgado, consta expressa ressalva no sentido da 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).

3. Acrescente-se, por outro lado, que O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido da incidência da majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, mesmo na hipótese de furto praticado durante o repouso noturno em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. (HC n. 615.113/SP, relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021.)

4. Desse modo, na hipótese, tendo o Tribunal a quo

considerado a maior censurabilidade do delito praticado em período noturno para aumentar a pena-base, e não como causa de aumento, não se constata ilegalidade ou inobservância ao novo entendimento jurisprudencial desta Corte Superior (Tema n. 1.087), não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser corrigido neste ponto. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 831.239/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 1/9/2023.)”

Ademais, o prejuízo sofrido pela vítima fora considerável. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TEMAS NÃO DEVOLVIDOS À APRECIAÇÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL. ANÁLISE POR ESTA CORTE QUE IMPLICARIA INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AGENTE MENTOR DA EMPREITADA CRIMINOSA. GRAVES DANOS PATRIMONIAIS À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E SUFICIENTE PARA MANTER O AUMENTO DA PENA-BASE. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS NEGATIVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Constatada a ausência de exame de temas suscitados na inicial deste habeas corpus pelo Tribunal de origem, não é possível a apreciação das referidas questões por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Nos crimes de natureza patrimonial, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é idônea a valoração negativa das consequências do delito, quando o valor econômico do prejuízo suportado pelas vítimas se apresenta considerável, extrapolando os parâmetros usuais. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser idônea a valoração negativa da personalidade do agente quando evidenciada sua condição de mentor da empreitada criminosa, como efetivamente ressaltado pelo acórdão impugnado.

4. Ante a existência de diversas circunstâncias judiciais negativas, inviável a fixação de regime prisional inicial diverso do fechado, tendo em vista o patamar da pena, superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, e os termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 723.349/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022.)

Assim, mantenho a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

2ª Fase. Na fase intermediária, a r. Defesa requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Contudo, na hipótese dos autos, a confissão do agente, como realizada, não foi determinante para a condenação, sendo esta baseada em elementos outros constantes dos autos.

Vale recordar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que “(...) *tratando-se de confissão parcial, qualificada ou retratada em juízo, não se mostra aplicável a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, salvo quando essa circunstância for efetivamente utilizada como*

fundamento para a condenação penal, considerada a finalidade do instituto, dentre outras, de facilitar a persecução penal” (RHC nº 186.084/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Red. do Acórdão Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 07/12/2020, p. 23/03/2021, grifos nossos).

Diante de sua reincidência, comprovada por certidão de págs. 200/203 (processo nº 0007537-83.2012.8.26.0048 – 1ª Vara Criminal de Atibaia), era mesmo de rigor o aumento da pena na fração de 1/6 (um sexto), chegando-se à 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo, que se mantém.

3ª Fase. Ausentes causas de aumento e diminuição.

À mingua de recurso ministerial, mantenho regime de cumprimento da pena o semiaberto, à despeito da reincidência, o que denota uma personalidade voltada à criminalidade.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos termos do art. 44, inc. II, do Código Penal, tampouco a concessão de *sursis* (art. 77, inc. I do CP).

Pedro Nelson Rodrigues:

1ª Fase. A MMª Juíza *a quo* exasperou a pena-base em 1/3 (um terço), sob o argumento de que “*Agiram com audácia, optando por praticar o crime durante a madrugada, quando são reduzidas a vigilância e a movimentação de carros e pessoas nas ruas, o que aumenta a reprovabilidade da conduta. Além disso, considero o prejuízo causado à vítima, na medida em que os réus arrombaram o portão metálico para subtrair os bens, sem qualquer ressarcimento dos*

danos. A vítima estimou seu prejuízo em 5 ou 6 mil reais. Levo em conta, também, a presença de três circunstâncias qualificadoras, sendo que utilizo uma delas para qualificar o crime e as outras duas como circunstâncias judiciais de majoração.” (pág. 229).

Correta a valoração das demais qualificadoras como circunstância judicial desfavorável. Como ademais acima explicitado.

Os demais argumentos utilizados pela MM. Juíza Sentenciante são suficientes para majorar a pena-base na fração estipulada, eis que as circunstâncias e consequências do crime extrapolaram o tipo penal.

O crime fora cometido durante repouso noturno, a demonstrar maior ousadia dos agentes. Conforme já exposto quando as penas estabelecidas para o corréu

Também com relação ao prejuízo sofrido pela vítima ser considerável. E pelas mesmas razões já expostas.

Assim, correta a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

2ª Fase. Na fase intermediária, ausentes agravantes e atenuantes a serem consideradas

3ª Fase. Ausentes causas de aumento e de diminuição.

Mantenho o regime aberto para cumprimento da pena, à despeito das circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conforme determinado na r. sentença.

Portanto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso defensivo, mantendo-se inalterados os demais termos da r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Teresa de Almeida Ribeiro Magalhães

Relatora