



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000344661**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500010-24.2023.8.26.0370, da Comarca de Monte Azul Paulista, em que é apelante RODOLFO HERMENEGILDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Mantida a condenação, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo, redimensionando e reduzindo a sanção final para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso mínimo, mantido o regime prisional inicial fechado. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE SOUZA (Presidente) E GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

**WALDIR CALCIOLARI**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica

**Voto nº 201**

**Apelação Criminal nº 1500010-24.2023.8.26.0370**

**Juízo de Origem: Vara Única da Comarca de Monte Azul Paulista**

**Magistrado: Dr. Ayman Ramadan**

**Apelante: RODOLFO HERMENEGILDO**

**Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO O ESTADO DE SÃO PAULO**

**Apelação Criminal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e escalada. Artigo 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal. Recurso da defesa. Parcial acolhimento. Réu que para invadir o imóvel, pulou muro de 2,25 metros de altura e procedeu a rompimento de obstáculo, subtraindo dois aparelhos de telefonia celular usados na atividade comercial da pizzaria. Funcionário do comércio que ali repousava e que presenciou a ação. Confissão do réu. Impossibilidade do afastamento da qualificadora da escalada, pois além de referida no laudo, foi secundada pela prova vocal. Possibilidade, no entanto, de se afastar a majorante do repouso noturno (art. 155, § 1º, CP), adotado o entendimento de que sua previsão topográfica no Código Penal, faz com que incida apenas ao "caput" do tipo, não às formas qualificadas do § 4º do art. 155 do CP. Condenação confirmada por infração ao art. 155, § 4º, I e II, do CP. Dosimetria penal alterada. Redução da sanção final. Maus antecedentes e reincidência. Réu custodiado em cumprimento de pena. Necessidade do regime prisional fechado para cabal prevenção e repressão da conduta. Apelo provido em parte.**

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **RODOLFO HERMENEGILDO** contra a r. sentença de fls. 106/109 que o condenou ao cumprimento de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, por infração ao artigo 155, § 1º e § 4º, incisos I e II, do Código Penal, no regime fechado, denegada a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos ou concessão de *sursis*.

Sustenta o apelante, em síntese, que a r. sentença deve ser reformada, afastando-se a qualificadora de escalada, com a redução da pena e tratamento punitivo mais favorável (fls. 123/127).

Regularmente processado o recurso, o Ministério Público opinou pelo improvimento do apelo (fls. 130/135).

O judicioso parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça foi pelo não provimento do recurso (fls. 142/148).

***É o relatório. Decido.***

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do presente recurso de apelação.

O Ministério Público deixou de apresentar ANPP ao réu, posto que ostenta maus antecedentes e condenações, não preenchendo os requisitos do artigo 28-A do CPP (fls. 47).

A denúncia foi oferecida e recebida (fls. 47/49, 51/52). O réu foi citado (fls. 65).

**Analisadas as razões recursais, temos que a condenação deve ser mantida, mas o recurso da defesa comporta provimento em parte.**

Segundo consta, em 17 de dezembro de 2022, por volta das 04h45, durante a madrugada, na Rua São Pedro, nº 649, Centro, Monte Azul Paulista, SP, o réu **RODOLFO HERMENEGILDO**, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu para si coisas alheias móveis, consistentes em 02 (dois) telefones celulares, avaliados em R\$ 1.878,00, pertencentes à ofendida GRAZIELA FERNANDA DA SILVA MARTINEZ.

Apurou-se que **RODOLFO**, durante a madrugada, se dirigiu até o estabelecimento comercial “Pizzaria Veneza”, localizado no endereço acima mencionado, onde pulou o muro, arrombou a porta, invadiu o imóvel, apoderando-se dos celulares do estabelecimento, evadindo-se na sequência. Ocorre que um funcionário dormia no local, vindo a acordar com o barulho e presenciar a ação, identificando o acusado.

Na delegacia, perante a autoridade policial, **Rodolfo HERMENEGILDO** esclareceu que havia feito uso de cocaína e bebida alcoólica. Confirmou que, de fato, ingressou na pizzaria, pois estava com raiva da proprietária que o ameaçou anteriormente. Disse que passou defronte ao local e resolveu pular o portão. Afirmou que se deparou com um rapaz, do qual não se lembrava das características, mas afirmou que não estava armando e não ameaçou ou agrediu ninguém. Disse que seu irmão acabou por devolver um dos telefones celulares à proprietária, pois o aparelho tinha o logotipo da pizzaria. Indagado, alegou não se recordar se havia subtraído um ou dois aparelhos.

Interrogado em Juízo, o apelante relatou que, de fato, ingressou no imóvel e furtou os bens. Disse que pulou um portão baixo, que não passava de um metro e meio e que a porta não estava trancada, ressaltando que estava escorada por uma geladeira, que ele empurrou e conseguiu ingressar no imóvel. Justificou que passou a noite na rua bebendo e usando drogas. Afirmou que deve ter subtraído dois celulares, mas não se lembra ao certo, afirmando que um dos aparelhos ficou na casa de seu irmão e foi devolvido ao dono.

A materialidade do crime restou bem demonstrada pelos seguintes documentos: Boletim de Ocorrência de fls. 04/05; Relatório de Ocorrência de fls. 07/12, Auto de Avaliação fls. 18 Laudo pericial de fls. 24/30, além das provas produzidas extrajudicialmente, ratificadas sob o crivo do contraditório.

A autoria do réu, igualmente, restou inequívoca.

A vítima **Graziela Fernanda da Silva Martinez**, perante a autoridade policial, esclareceu que soube dos fatos através do funcionário Eriksson, que trabalha na pizzaria e lá estava dormindo no momento do furto. Soube que, por volta das 04:30hs, Eriksson ouviu um barulho na potra da frente e foi verificar, momento em que viu Rodolfo ingressando na pizzaria após arrombar a porta da frente do imóvel. Soube que o acusado estava com uma máscara e colocou um vidro de azeite sob sua blusa, simulando estar armado. Na sequência, o acusado subtraiu dois aparelhos de telefone celular da marca Motorola. Disse que, após cientificada do furto, dirigiu-se ao local e pôde constatar que a porta da frente havia sido arrombada e acionou a Guarda Municipal. Asseverou que, para poder ter acesso à porta frontal da pizzaria, Rodolfo teve que pular um portão de cerca de dois metros de altura. Posteriormente, entrou em contato com o irmão de Rodolfo de nome Aristides, que lhe informou que um dos aparelhos subtraídos estava na sua residência, então ele o devolveu. Relatou que Rodolfo já havia praticado o delito de furto mediante arrombamento contra a pizzaria no mês de outubro de 2022, ocasião em que furtou cerca de R\$ 2.000,00.

Ouvida em Juízo, a vítima **Graziela** esclareceu que o apelante furtou a pizzaria três vezes, sendo que na primeira vez, o réu furtou o valor de quase R\$ 2.000,00 e um celular e, na segunda vez, objeto dos autos, subtraiu 02 telefones celulares. Afirmou que, para conseguir arrombar a porta, o réu teve que pular o portão. Disse que o funcionário Ericksson estava dormindo na pizzaria por conta da ocorrência do primeiro furto. Confirmou que a equipe da perícia esteve no local alguns dias depois, contudo, já havia trocado a porta danificada, mas a guardou e a apresentou ao perito.

Por sua vez, a testemunha **Eriksson Henrique Petri**, na delegacia, esclareceu que exerce a função de pizzaiolo na “Pizzaria Veneza” e, na data dos fatos, passava a noite no local quando, por volta das 04:30 hs, acordou com um barulho vindo da porta da frente do imóvel. Disse que se levantou e foi verificar, momento em que viu um rapaz, posteriormente identificado como Rodolfo Hermenegildo, ingressando no imóvel após arrombar a fechadura da porta frontal. Relatou que apenas ficou observando, pois o indivíduo parecia estar armado e, quando o acusado viu que ele observava disse “vou te pegar”. Na sequência, Rodolfo pegou os dois telefones celulares que estavam em cima do balcão e se evadiu levando os aparelhos. Afirmou que conseguiu falar com os

proprietários da pizzeria somente ao amanhecer, ocasião em que eles foram até o local e registraram uma ocorrência. Disse saber que um dos telefones foi recuperado com o irmão de Rodolfo, de nome Aristides. Depois soube que o acusado colocou um vidro de azeite debaixo do braço a fim de simular estar armado.

Sob o crivo do contraditório, **Eriksson** esclareceu que estava no local na data dos fatos. Relatou que estava dormindo e acordou com o barulho vindo da porta, que estava sendo arrombada. Afirmou que para conseguir entrar no imóvel, o réu teve que pular o portão. Asseverou que o réu furtou dois telefones celulares que estavam no local.

O laudo pericial de fls. 24/30 constatou a qualificadora do arrombamento.

Em desfavor do apelante, no entanto, a qualificadora do art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal (escalada), não deve ser afastada, pois, mesmo que o laudo pericial não a tenha referido expressamente, fato é que a perícia indicou que o muro tinha altura mínima de 2,25m, obstáculo que exigiu do agente especial esforço para transpor, consoante se deduz da prova oral.

Assim, do cotejo do próprio laudo e dos relatos das testemunhas, conclui-se que houve a transposição do portão da frente do imóvel, o qual ostenta aproximadamente de 02 (dois) metros de altura, fato este que pode ser confirmado pela fotografia de fls. 26.

No laudo de fls. 24/30 o sr. Perito concluiu que: ***“Ainda, segundo informes da vítima, os sistemas de fechadura dos portões de entrada não teriam sido danificados quando da data dos fatos. Em face ao relatado e de acordo com as características de vedação do local, embora não se tenha constatado vestígios pertinentes com aspecto de recenticidade de eventuais marcas de escalada, é plausível a hipótese desta prática para acesso ao interior da pizzeria através do transpasse de sua vedação frontal cuja altura aproximada é de aproximadamente 2,25 metros em relação ao passeio público”***, revelando a presença da qualificadora da escalada previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Registre-se que a escalada pressupõe a transposição de obstáculo encontrado pelo agente que lhe causa dificuldade a ingressar em determinado recinto. Assim, no caso em tela, pode-se inferir que houve sim considerável esforço do réu para pular o portão, ingressar no terreno e arrombar a porta a fim de subtrair bens alheios.

Ademais, é plenamente admissível a comprovação da qualificadora por meio de prova oral apta a suprir o exame pericial, a saber:

**“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. LAUDO PERICIAL. INEXIGIBILIDADE. CRIME QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. No caso em análise, o Tribunal de origem, ao apreciar a questão, consignou que o delito não deixou vestígios, o que afastou a imprescindibilidade do exame pericial. (...)” (STJ, AgRg no AREsp 1002431/MT, 5ª Turma, Min. Ribeiro Dantas, jg. 12/12/2017, DJe 19/12/2017).**

Todas as provas produzidas nos autos levam à conclusão de que o réu é realmente o autor do crime que lhe é imputado.

A condenação do réu, como incurso no art. 155, § 4º, inc. I e II, do Código Penal, era mesmo medida de rigor.

No que se refere à dosimetria da pena, a sentença comporta reparo, nos termos da fundamentação a seguir.

As qualificadoras atuam na legislação para majorar a própria pena em abstrato prevista para o delito, ou seja, ocorre uma elevação do patamar mínimo e máximo previsto no preceito secundário do tipo, de modo exato.

Mas é possível a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo penal, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, agravantes ou causas de aumento, vedado apenas o *'bis in idem'*.

Assim, se existe mais de uma qualificadora no crime de furto, é possível enumerar uma delas para justificar a exasperação da pena-base na primeira etapa de aplicação da reprimenda corporal, enquanto a outra qualificará o crime.

O entendimento inclusive é sumulado, a teor da Súmula 27 do TJDF: **“Presentes duas ou mais qualificadoras no delito, uma deve ser utilizada para fins de tipificação do crime qualificado e as demais na dosimetria da pena, seja na pena-base, seja como circunstância agravante, se prevista legalmente como tal, vedado o bis in idem”**. *Acórdão 1664410 07235703320228070001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 9/2/2023, publicado no PJe: 23/2/2023.*

No caso dos autos, o rompimento de obstáculo foi utilizado para qualificar o delito de furto, enquanto a pena-base foi exasperada pela circunstância do crime, correspondente à qualificadora sobejante da escalada.

Por supedâneo, factível o aumento, não havendo que se falar em '*bis in idem*'. Deve-se levar em conta, também, que a reprovabilidade da atitude do réu e os prejuízos que causou à vítima, pois além dos danos, um dos celulares não foi recuperado.

Na primeira fase da dosimetria, além da escalada, também foi considerado que o réu possui maus antecedentes (processo nº 1500128-34.2022.8.26.0370), panorama que não pode ser simplesmente desconsiderado. As desfavoráveis circunstâncias justificam rigor na fixação da pena-base. A elevação, porém, pode ser de 1/6, fração suficiente, tendo-se 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Consigno que uma condenação definitiva por fato anterior, ainda que tenha trânsito em julgado posterior ao crime em análise, malgrado não configura reincidência, enseja a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, motivando a exasperação da pena base.

Na segunda fase do cálculo, foi corretamente compensada a agravante da reincidência (processo nº 1500492-11.2019.8.26.0370) com a atenuante da confissão espontânea, permanecendo a pena no patamar acima.

Na terceira fase, o Juízo Monocrático fez incidir a causa de aumento, referente ao repouso noturno em 1/3 (art. 155, § 1º, CP). Neste ponto, contudo, entendo que o acréscimo pelo furto noturno, só tem aplicação nas hipóteses do "caput", do art. 155, do Código Penal, na esteira de entendimento firmado pela Terceira Seção do Col. Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso repetitivo, que fixou 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)" (REsp 1.888.756/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 22/05/2022 - Tema 1087).**

Segundo o entendimento do STJ, a majorante do art. 155, § 1º, CP se refere apenas ao furto simples, dada a sua disposição topográfica (Tema 1.087 - 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).).

Desta forma, deve ser afastada a aplicação da referida causa de aumento, pelo que a sanção final perfaz 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (doze) dias-multa, no valor do mínimo legal.

Foi estabelecido na origem o regime prisional inicial fechado, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, o que fica mantido, posto que necessário para a repressão e prevenção da conduta.

Não se olvide que o réu está custodiado, em cumprimento de pena, no regime fechado, por condenação pelo delito do art. 158 do CP:

| MOVIMENTAÇÕES SAP           |                |                             |                     |                       |
|-----------------------------|----------------|-----------------------------|---------------------|-----------------------|
| Matrícula SAP: 1235891-7    |                | Estabelecimento: PEN TAIUVA |                     | Situação Atual: PRESO |
| Data de Entrada: 24/02/2025 |                | Vaga: Fechado               |                     |                       |
| Data Ocorrência             | Procedência    | Destino                     | Tipo Movimentação   | Motivo                |
| 24/02/2025                  | CAD.PUB.COLINA | PEN TAIUVA                  | CUMPRIMENTO DE PENA | INCLUSAO              |

Impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ser o réu portador de maus antecedentes e reincidente em crime doloso (art. 44, inciso II, CP). Também não é viável, pelas mesmas razões, a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, inciso I, CP).

Ante o exposto, mantida a condenação, voto por **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo, redimensionando e reduzindo a sanção final para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso mínimo, mantido o regime prisional inicial fechado.

**WALDIR CALCIOLARI**  
Relator