



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000365877**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1540161-85.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANDRE PEREIRA SANTOS e EDER DA SILVA PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

**LEME GARCIA**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**16ª Câmara de Direito Criminal**

**APELAÇÃO n. 1540161-85.2024.8.26.0050**

**Comarca: SÃO PAULO**

**Apelantes: EDER DA SILVA PEREIRA e ANDRÉ PEREIRA SANTOS**

**Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Voto: 32404**

APELAÇÃO. Furto qualificado pela escalada e concurso de agentes. Recurso defensivo. Elevação da pena-base em razão da qualificadora excedente que deve ser mantida. Possibilidade de valoração negativa do repouso noturno na primeira etapa da dosimetria do furto qualificado. Precedentes do STJ. Viável a incidência de uma única fração de aumento em tal etapa. Pena redimensionada. Pedido de reconhecimento da tentativa. Impossibilidade. Caracterizada a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos, ainda que por breve tempo. Recurso semiaberto mantido e que se justifica pela reincidência dos réus. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por EDER DA SILVA PEREIRA e ANDRÉ PEREIRA SANTOS, contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Erika Fernandes, da 13ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que os condenou às penas de 02 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, devido à prática do crime previsto no artigo 155, §4º, incisos II e IV, do Código Penal (fls. 156/161).

Em razões de recurso, a Defesa requer a fixação da pena-base no patamar mínimo legal, bem como a redução da fração de aumento na segunda etapa da dosimetria penal e o reconhecimento da tentativa (fls. 175/184).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 188/197).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Israel Donizeti Vieira da Silva, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 209/218).

### **É o breve relatório.**

O recurso comporta parcial provimento.

Os apelantes foram condenados pelo d. juízo *a quo* porque, no dia 21 de outubro de 2024, por volta de 04h10, na Rua Eli, n. 800, Vila Maria, São Paulo/SP, mediante escalada, subtraíram para eles 01 compressor de ar-condicionado e diversos fios e tubos de cobre em prejuízo da empresa *Tem Acrílicos Produtos Ltda.*

Narra a denúncia que os acusados escalaram a marquise existente no estabelecimento comercial e subtraíram o aparelho de ar-condicionado, tomando para si o compressor, os fios e os tubos a ele interligados. Em seguida, empreenderam fuga.

Funcionários da empresa notaram o furto e acionaram policiais militares.

Os agentes públicos localizaram os apelantes na via pública, a cerca de 50 metros da empresa. Eder

estava carregando um saco com fios e cabos subtraídos, ao passo que André estava arrastando o compressor do ar-condicionado.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria criminosa restaram demonstradas a partir do conjunto probatório, de tal modo que esses pontos sequer foram objeto de impugnação no apelo defensivo, sendo certo que a irresignação da Defesa se restringe à dosimetria penal, razão pela qual passo à sua análise.

Na primeira fase, a pena-base foi elevada em 1/6 em decorrência da segunda qualificadora.

É cediço que a primeira qualificadora deve ser utilizada para deslocar a conduta da forma simples para aquela com punição mais severa, enquanto as outras deverão ser ponderadas na segunda fase da dosimetria, se constituírem agravantes, ou na primeira etapa como circunstância judicial desfavorável. Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. UTILIZAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS PARA MAJORAR A PENA NA PRIMEIRA FASE DO CRITÉRIO DOSIMÉTRICO. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. **Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do *quantum* de pena abstratamente previsto, sendo que as demais deverão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante. Precedentes.**

3. A presença de mais de uma qualificadora, malgrado não implique alteração da pena in abstrato, demanda maior resposta penal e, por consectário, a exasperação da reprimenda in concreto, em atendimento ao princípio da individualização da pena, restando apenas vedada a dupla valoração de uma mesma circunstância.

(...)

8. *Writ* não conhecido.

(HC 353.493/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

Em seguida, a pena foi elevada em 1/6 em razão do repouso noturno.

Sobre a possibilidade de valoração negativa do repouso noturno na primeira etapa da dosimetria do furto qualificado, assim já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL DEFENSIVO NO HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. MIGRAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO REPOUSO NOTURNO PARA A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Não há ilegalidade na migração da causa de aumento de pena referente ao repouso noturno para a primeira fase da dosimetria, isso porque, apesar de esta Corte ter assentado a impossibilidade de incidência da referida majorante no furto qualificado** - REsp n. 1.888.756/SP, Tema n. 1.087, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento ocorrido em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022, sob a égide dos recursos repetitivos -, **houve expressa citação, no**

**voto condutor do acórdão, quanto à possibilidade de se utilizar tal fato como circunstância judicial negativa.** Além disso, no caso, inexistiu violação ao princípio do non reformatio in pejus, pois a sanção penal não foi agravada pelo Colegiado a quo.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 807.070/SC, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 15/3/2024.)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. FURTO QUALIFICADO. MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CRIME QUALIFICADO. READEQUAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de BRUNO TRAMONTINI e EDUARDO HEINRICHS, visando ao afastamento da valoração da circunstância do repouso noturno na dosimetria da pena aplicada pelo crime de furto qualificado. A defesa alega que a exclusão da majorante não poderia ser utilizada para justificar a exasperação da pena-base. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em analisar a admissibilidade do habeas corpus como substitutivo de recurso próprio e a existência de flagrante ilegalidade na consideração do repouso noturno para a exasperação da pena-base após o afastamento da causa de aumento, em observância ao entendimento do STJ no Tema 1.087. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), alinhado ao Supremo Tribunal Federal (STF), entende que o *habeas corpus* não é cabível como substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade que configurem constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

4. No caso concreto, o Tribunal de origem afastou a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal (prática do furto durante o repouso noturno) por incompatibilidade com a forma qualificada do furto, em consonância com o Tema Repetitivo nº 1.087 desta Corte.

**5. A jurisprudência do STJ admite que, embora a majorante não incida em crimes de furto qualificado, a circunstância do repouso noturno pode ser considerada para a exasperação da pena-base,** desde que o novo cálculo não importe em prejuízo ao réu ou modificação do regime

prisional.

6. A consideração do repouso noturno na primeira fase da dosimetria não configura *reformatio in pejus* quando a exclusão da majorante decorre de recurso exclusivo da defesa e a pena final permanece aquém do quantum anteriormente fixado.

7. A análise dos elementos fáticos que embasam a dosimetria da pena não é compatível com a via estreita do habeas corpus, sendo inviável a revisão da valoração das circunstâncias judiciais.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(HC n. 791.235/PR, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/11/2024, DJEN de 10/12/2024.)

Contudo, entendo que as sobreditas circunstâncias (crime cometido durante o repouso noturno e qualificadora excedente) devem ensejar um único aumento de 1/3, de modo que a pena-base se estabelece em 02 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em seguida, na segunda etapa, a pena foi elevada em 1/4 em razão da reincidência dos acusados e, em seguida, reduzida em 1/6 em face da atenuante da confissão espontânea.

Com efeito, a sobredita fração de aumento deve ser mantida, na medida em que os acusados ostentam dupla reincidência (processos n. 1514303-42.2020.8.26.0228 e 1500676-20.2020.8.26.0535 com relação a Eder; 004620-37.2016.8.26.0635 e 1501458-12.2019.8.26.0228 quanto a André – fls. 62/69).

Assim, a pena intermediária se estabelece em 02 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torno definitiva a reprimenda de 02 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Vale registrar que não há que se cogitar em reconhecimento de crime tentado.

Isso porque, no presente caso, os acusados foram abordados quando estavam na via pública, de modo que já haviam subtraído os bens e se retirado do estabelecimento comercial.

Resta evidente, portanto, que os apelantes tiveram a posse dos objetos furtados, ainda que por breve tempo, sendo certo que sua abordagem ocorreu após a subtração dos bens que já haviam sido retirados do estabelecimento comercial.

Anoto que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em sede de recurso repetitivo, pela prescindibilidade da posse mansa e pacífica ou desvigiada da *res* para a consumação do delito de furto:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ.
2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema,**

**consolidou a adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.**

3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: **Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.**

4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.

(REsp 1524450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015)

Por fim, devido ao *quantum* das penas aplicadas, aliado à reincidência dos apelantes, escorreita a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento das reprimendas, nos termos do que dispõe o artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir as reprimendas impostas a EDER DA SILVA PEREIRA e ANDRÉ PEREIRA SANTOS para 02 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

**LEME GARCIA**

Relator