



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000387732

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504041-11.2022.8.26.0536, da Comarca de Santos, em que é apelante JORGE FERNANDES SANTOS, 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) E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

ÉRIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1504041-11.2022.8.26.0536

Apelante: Jorge Fernandes Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos

Voto nº: 5.684

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRATICADO MEDIANTE ESCALADA E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ARTIGO 155, § 4º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA, AO ARGUMENTO DE ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (FURTO QUALIFICADO PRATICADO NO PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO, VIOLANDO A MEMÓRIA DOS MORTOS) REVELAM REPROVABILIDADE INCOMPATÍVEL COM A ALEGAÇÃO DE BAGATELA. PRECEDENTES DESTA COLENDIA 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL. AVALIAÇÃO EM VALOR EXPRESSIVO DA *RES FURTIVA*. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO REPRESENTANTE DO CEMITÉRIO E PELOS GUARDAS MUNICIPAIS CORROBORADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS. ACUSADO DETIDO NA POSSE DA RES FURTIVA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 17 DO CÓDIGO PENAL. DELITO CONSUMADO. EXISTÊNCIA DE EQUIPAMENTO DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE NÃO TORNA O CRIME IMPOSSÍVEL. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 567 DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUALIFICADORAS CARACTERIZADAS E COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. BASILAR ESCORREITAMENTE FIXADA EM 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, DIANTE DA QUALIFICADORA REMANESCENTE E DO FATO DE TER SIDO O CRIME PRATICADO EM PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO. PENA QUE SE TORNOU DEFINITIVA, ANTE A AUSÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS MODIFICADORAS. REGIME ABERTO ESTABELECIDO

PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PELO MESMO PRAZO E PAGAMENTO DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA.

RECURSO DESPROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 277/282), proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Walter Luiz Esteves de Azevedo, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Jorge Fernandes Santos**, qualificado nos autos, foi condenado ao cumprimento de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 10 (dez) dias-multa e prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena corporal, bem como ao pagamento de mais 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.

Irresignado, insurge-se buscando a absolvição, ao argumento de atipicidade do fato pela aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de crime impossível (págs. 313/321).

Processado e contrariado o apelo (págs. 324/331), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento (págs. 342/347).

É o relatório.

A irresignação não comporta acolhimento.

O apelante e o corréu *Alexandre Antônio dos Santos* foram processados como incursos nas penas do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia (págs. 129/133):

“(..) no dia 06 de dezembro de 2.022, por volta das 03hs05min, no Cemitério do Sabóó/Filosofia, localizado à Praça Ruy de Lugo Viña,

Saboó, nesta Comarca, JORGE FERNANDES SANTOS, qualificado as p. 04, 21, e ALEXANDRE ANTÔNIO DOS SANTOS, qualificado as p. 05, 20, agindo em unidade de desígnios e mediante escalada, subtraíram, para eles, dos jazigos existentes no local 07 (sete) jarros/vasos de cobre, avaliados em R\$ 1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais), e 04 (quatro) adornos variados, avaliados em R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais).

Segundo apurado, nas circunstâncias de tempo e local apontadas, JORGE e ALEXANDRE escalaram o muro do cemitério - o qual possui cerca de 2,90 metros - e dos jazigos existentes no local conseguiram subtrair 07 (sete) jarros/vasos de cobre, avaliados em R\$ 1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais), e 04 (quatro) adornos variados, avaliados em R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais).

Os denunciados conseguiram retirar os adornos do interior do cemitério e transpô-los até o posto de gasolina existente ao lado do cemitério do Saboó/Filosofia.

O comportamento de JORGE e ALEXANDRE foi monitorado pelas câmeras de vigilância do local. A Guarda Municipal foi acionada e na posse das características físicas e de vestimentas dos furtadores iniciou patrulhamento. JORGE e ALEXANDRE foram localizados na posse dos adornos quando já estavam no posto de gasolina. Com estes foram também encontrados alicate e talhadeira.

O auto de exibição e apreensão foi juntado a p. 10. O laudo pericial demonstrando a escalada foi juntado as p. 114/117."

O corréu Alexandre não foi encontrado para ser citado pessoalmente, o que motivou o desmembramento do feito com relação a ele (pág. 206).

O apelante foi intimado para as tratativas do acordo de não persecução penal, mas não compareceu, prejudicando a negociação do benefício (pág. 133).

Ao final da instrução, o acusado foi condenado, nos

termos da denúncia.

Pois bem.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (págs. 01 e seguintes); boletim de ocorrência (págs. 17/19); auto de exibição, apreensão e entrega (pág. 10); laudo pericial do local dos fatos (págs. 114/117); bem como pela contundente prova oral produzida.

E a autoria é igualmente certa.

Inicialmente, no que diz respeito aos esclarecimentos prestados em juízo, reproduzo as transcrições que constaram da r. sentença, a fim de preservar a fidedignidade das falas, eis que muito bem compilada a prova oral produzida nos autos.

Em solo policial, o acusado negou os fatos:

“(...) estava indo trabalhar juntamente com seu amigo Alexandre, e costuma coletar reciclados em lixeiras quando encontraram vasos que o mesmo alegou ser de metal; que então estavam retornando a casa para guardar tais objetos quando foram surpreendidos pelos guardas que afirmaram terem furtado tais objetos; que não invadiram o cemitério; que não foi agredido, coagido pelos guardas, mas foram ofendidos e “esculachados”; que gostaria de comunicar sua esposa, mas não se recorda o telefone; que tem 2 filhos saudáveis que moram com a genitora” (pág. 04).

Apesar de regularmente intimado, não compareceu à audiência de instrução, sendo decretada sua revelia (pág. 278).

O corréu *Alexandre*, também interrogado na fase investigatória, da mesma forma, negou o cometimento do crime. Disse que:

“(…) estava indo trabalhar juntamente com seu amigo Jorge, que costuma coletar reciclados em lixeiras quando encontraram vasos que o mesmo alegou ser de metal; que então estavam retornando a casa para guardar tais objetos quando foram surpreendidos pelos guardas que afirmaram terem furtado tais objetos; que não foi agredido, coagido pelos guardas, mas foram ofendidos e “esculachados”, como diz; que gostaria de comunicar sua esposa, mas não se recorda o telefone; que tem 3 filhos saudáveis que moram com a genitora; que um deles já é maior de idade” (pág. 05).

Mas a versão exculpatória apresentada pelo apelante não se sustenta.

Bento da S. F., administrador do cemitério municipal, inquirido na fase investigatória, narrou:

“(…) Que em relação à Cota Ministerial de fls. 063, tem a esclarecer que não foi possível recolocar os objetos subtraídos ao seu local original, tendo em vista sequer saber qual foi o túmulo prejudicado. Que os objetos subtraídos e recuperados em vários furtos, ficam guardados a disposição das famílias” (pág. 86).

Em juízo, esclareceu:

“(…) Informado da subtração, o administrador foi à delegacia de polícia onde reconheceu como sendo parte do patrimônio do cemitério do Saboó os vasos, crucifixos e outros adornos recuperados pela guarda municipal. Ele esclareceu que desafortunadamente, esse tipo de ocorrência se repete com regularidade. Nas vastas dimensões do cemitério, é quase impossível localizar os túmulos profanados, especialmente quando a subtração atinge diversos jazigos, como ocorreu na espécie. A administração municipal guarda os adornos eventualmente recuperados até que o responsável pelo túmulo os reclame” (pág. 280).

Os esclarecimentos prestados representante do cemitério municipal são merecedores de toda credibilidade, porque não se

pode presumir que teria qualquer interesse em prejudicar indivíduos inocentes, que sequer conheciam.

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 guardas municipais responsáveis pela diligência apresentaram esclarecimentos harmônicos e coerentes a respeito dos fatos.

Emerson Perrella Cosmo, ouvido em solo policial, declarou:

“(...) que na data de hoje estava em patrulhamento quando foram avisados pela base, de que dois indivíduos estariam praticando furto no interior do Cemitério do SABOÓ. Que, foram imediatamente ao local para verificar a denúncia, sendo certo que no posto que fica ao lado do Cemitério encontraram dois indivíduos com as características dos citados na denúncia, os quais foram abordados e tiveram encontrados em seu poder diversos objetos (vasos de cobre e crucifixos ambos de bronze) que seriam de diversas campas do Cemitério da Filosofia, local dos fatos, indagados ambos apresentaram versões inverossímeis para a posse dos objetos encontrados, motivo pelo qual foram ambos JORGE FERNANDES SANTOS e ALEXANDRE ANTONIO DOS SANTOS trazidos a essa Central de Polícia Judiciária.” (pág. 13).

No mesmo sentido o relato de seu colega de farda, *Anderson Clayton Silva Santos* (pág. 14).

Em juízo, os guardas narraram, em uníssono:

“(…) na madrugada dos fatos, faziam a ronda dos próprios municipais existentes no centro da cidade, quando, via rádio, foram informados de que indivíduos haviam invadido o Cemitério da Filosofia. As câmeras de segurança da municipalidade haviam flagrado vultos perambulando entre os jazigos. As testemunhas imediatamente se dirigiram ao local. Enquanto se deslocavam, recebiam, em tempo real, informação sobre o andamento da ocorrência. A certa altura, os operadores das câmeras de vigilância alertaram as testemunhas de que os suspeitos, escalando o muro do cemitério, haviam ganhado a via pública. Os guardas chegaram logo em seguida. Surpreenderam os réus na calçada do cemitério, junto a um posto de gasolina. Cada um dos acusados portava uma sacola. Dentro delas, havia diversos objetos de bronze, adornos usualmente encontrados nos jazigos. Também com os réus, foram achadas ferramentas. Em consequência, eles foram presos em flagrante delito” (pág. 280).

E como qualquer outra testemunha, os guardas prestaram compromisso de dizer a verdade e não viriam a Juízo para apresentar versão mendaz, apenas para justificar a diligência realizada.

Não se pode, pois, desconsiderar a prova em questão por mera presunção, sem demonstração de suspeita ou má-fé, ou prova concreta de que não corresponda à verdade real dos fatos.

Nesse sentido:

“Os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado” (STJ - AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5 – Quinta Turma, DJe em: 21/02/2022).

“Inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do

contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF - HC nº 74438/SP, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJe em: 14/03/2011).

Não bastasse, o acusado foi detido na posse da *res furtiva*, circunstância que inverte o ônus da prova e gera presunção de responsabilidade.

Sublinhe-se que o acusado foi visto pelas câmeras do cemitério andando dentro do cemitério pouco tempo antes dos fatos, resultando inconsistente a singela exculpatória que apresentou, buscando convencer que encontrou a *res furtiva* em uma lixeira, versão que não encontra qualquer lastro probatório.

De outra parte, não comporta acolhimento o argumento defensivo: atipicidade material da conduta por força do princípio da insignificância, diante da ausência de previsão legal.

O Direito Penal, diferentemente como sustentou a n. Defesa, se preocupa com a conduta típica da subtração, circunstancialmente, de alto ou pequeno valor, e eventualmente poderá se valer o furtador das benesses de fixação da pena, situação incorrente nos autos, uma vez que os adornos furtados do cemitério encontrados na posse do acusado e de seu comparsa foram avaliados em R\$ 4.200,00 (pág. 10), valor que nem mesmo autorizaria a figura privilegiada do delito em apreço.

Não pesa em favor do apelante o fato de não ter sido realizada fotografia ou perícia da *res furtiva*, por se tratar de prova não requerida pelas partes e desnecessária para o presente caso. Afinal, os adornos furtados são bens de natureza comum, cujo preço pode ser facilmente estimado em pesquisa de mercado.

Além disso, a d. Defesa não trouxe qualquer pesquisa de preço ou documento para confrontar a avaliação realizada nos autos.

No mais, a aplicação do princípio da insignificância, com a reiterada absolvição de autores de pequenos furtos, acaba por estimular a prática de crimes dessa natureza, além de acarretar descrença na legislação penal, na medida em que gera sentimento generalizado de impunidade, simplesmente porque o objeto subtraído, muitas vezes em razão de o agente não ter oportunidade de arrebatrar outros bens, é de pouco valor.

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

“Em que pese o esforço defensivo, não é possível a absolvição do acusado pela aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, o objeto subtraído foi avaliado em R\$70,00 (fl. 20), valor que não pode ser considerado insignificante. E ainda que assim não fosse, não seria o caso de aplicação da bagatela, pois a falta de punição a pequenos crimes acarretaria exposição da sociedade a esse tipo de delito e corresponderia a autorização judicial para que os criminosos continuem na prática de ilícitos, desde que laborem com inteligência, ou seja, escolham sempre bens de pequeno valor.” (TJ-SP-Apeação Criminal nº 0002282-16.2017.8.26.0616, Relator(a): Willian Campos, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJe em: 24/11/2022).

“FURTO NOTURNO. APELO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS. PROVAS ROBUSTAS. Réu confessou, na polícia e em juízo, a subtração de grelha metálica pertencente à Prefeitura Municipal de Praia Grande/SP, seguida de posterior prisão flagrancial, na posse da res. Guardas civis metropolitanos surpreenderam o réu na via pública, na posse da res furtiva, ocasião em que ele confessou informalmente o delito patrimonial. Confissão em sintonia com os demais elementos de convicção. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não se pode considerar insignificante a

conduta praticada pelo acusado, porquanto dotada de sensível gravidade, a tornar indispensável a incidência das sanções criminais, não apenas por atenção à justiça, mas também pela segurança dos valores protegidos. Ademais, o valor da coisa, por si só, não induz à insignificância do fato, pois na ordem jurídica brasileira o princípio da insignificância não adquiriu foros de cidadania a ponto de determinar a atipicidade material da conduta. Não bastasse, o réu é reincidente específico, o que afastaria de qualquer forma a incidência de tal princípio, se admitido fosse. Precedente. Presente a tipicidade material do delito. Condenação mantida. [...]” – g.n. (TJSP; Apelação Criminal 1500626-20.2022.8.26.0536; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/10/2022; Data de Registro: 12/10/2022).

De se ressaltar, ainda, que de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, sendo necessária a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica (STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 19/11/2004).

No caso concreto, vale destacar ainda que o acusado e o corréu praticaram furto qualificado pelo concurso de pessoas e escalada, além de terem furtado adornos do cemitério. Violaram, assim, não só o patrimônio das vítimas, como também o bem social de cultivo e respeito à memória dos mortos.

Nessa linha de raciocínio, vale conferir precedente do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.

NÃO CABIMENTO. FURTO PRIVILEGIADO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO (...). II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo, concurso de agentes, ou se o paciente é reincidente ou possuidor de maus antecedentes, indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. III - Na hipótese, o paciente foi condenado pela prática de furto qualificado, mediante o concurso de pessoas, e ostenta maus antecedentes. Na linha de precedentes desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível o princípio da insignificância com sua conduta. Habeas corpus não conhecido” - grifo nosso (HC 355.468/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJe 6.10.2016)”.

E como bem pontuado por Guilherme de Souza Nucci:

“O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 554).

Nessa toada, ao contrário do que sustenta a d. Defesa, a identificação das vítimas (familiares que deixaram os adornos furtados nos sarcófagos) é prova desnecessária e até mesmo atentatória à dignidade de tais pessoas. Outrossim, a vítima imediata do crime praticado é a administração do cemitério municipal, cujo representante legal foi ouvido em solo policial e em juízo.

Por fim, absolutamente inviável o acolhimento da tese de crime impossível, sustentada pela Doute Defesa.

Como é cediço, o crime impossível somente se

caracteriza quando o agente, depois de iniciada sua execução, jamais poderia alcançar a consumação, em razão da ineficácia absoluta do meio empregado ou da absoluta impropriedade do objeto, o que não é o caso dos autos.

In casu, as câmeras de segurança apenas registaram o acusado e seu comparsa circulando no cemitério no período noturno, mas não representaram obstáculos à consumação do delito, tanto que os criminosos executaram a subtração e somente foram detidos na posse da *res furtiva* após terem deixado o local da subtração, do lado de fora do cemitério.

Aliás, tanto é possível a ocorrência do crime que o representante do cemitério relatou que é comum a ocorrência de furto de adornos no interior da necrópole.

Logo, tratando-se de crime consumado, não há que se falar em crime impossível, que só tem cabimento em caso de tentativa, nos termos do que estabelece o artigo 17 do Código Penal.

Aplica-se ao caso o entendimento consagrado no enunciado da Súmula nº 567 do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ***“Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.”***

Nesse sentido:

“O sistema de vigilância eletrônico instalado em estabelecimentos comerciais, como a vigilância da conduta por preposto da empresa, não obstante dificultem a ocorrência de furtos, não são capazes de impedir, por si só, a ocorrência do fato delituoso, aptos a ensejar a configuração de crime impossível - Recurso ministerial provido”. (TJ-SP - APR: 15001425520198260618 SP 1500142-55.2019.8.26.0618, Relator: Sérgio

Ribas, Data de Julgamento: 15/04/2020, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 15/04/2020).

E as qualificadoras restaram evidenciadas.

No que concerne ao concurso de agentes, registro que os criminosos se ajustaram previamente para a prática do crime, escalaram o muro do cemitério, subtraíram os adornos e deixaram o local na posse do res furtiva.

Logo, agiram juntos, numa perfeita conjugação de vontades e divisão de tarefas, facilitando o arrebatamento da *res furtiva*, de forma que o vínculo prévio estabelecido entre eles é manifesto.

A qualificadora atinente à escalada também restou caracterizada, posto que os agentes necessariamente venceram obstáculo de difícil transposição – muro do cemitério de 2,9m de altura nas partes mais baixas –, o que fizeram para o acesso ao local, demonstrando o emprego de meio anômalo para a execução do delito.

Nesse prisma, deve se destacar o teor do laudo pericial acostado às págs. 114/117, no qual o I. Perito Subscritor concluiu que:

“(...) Tratava-se do Cemitério da Fiolosofia, situado na Praça Ruy de Lugo Viña, S/N - Saboó - Santos/SP, contemplando todo o quarteirão entre as vias Tv. um, Rua Francisco Pedro dos Reis, Rua Pio XII e Avenida Martins Fontes. Ofereceu interesse pericial a face do imóvel voltada para a Avenida Martins Fontes, cuja vedação era dada por muro erigido em alvenaria de 2,9 metros de altura nas porções menos elevadas, sendo encimado por offendículos metálicos de formato helicoidal popularmente conhecidos como concertinas. O acesso era dado por portão que interrompia o muro de vedação, sendo constituído de duas folhas fabricadas em gradis metálicos de 3,2 metros de altura, formando offendículos com as extremidades superiores das barras verticais que os

compunham. Era guarnecido de sistema de segurança dotado de ferrolho e cadeado, sem vestígios de arrombamento por ocasião dos exames”.

Ademais, registro que o furto restou consumado, uma vez que o acusado obteve a posse tranquila e desvigiada da *res furtiva*, que saiu por completo da esfera de vigilância e disponibilidade das vítimas.

Assim, passa-se à análise da reprimenda lançada.

Seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal, a pena-base foi corretamente fixada na fração de 1/6 acima do mínimo legal, em razão da qualificadora remanescente e da circunstância do crime ser praticado em período noturno, resultando em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

O acréscimo nesta etapa foi devidamente sopesado e a justificativa apresentada é adequada e proporcional, atuando o MM. Juiz de Direito em seu campo de discricionariedade motivada.

Correta a exasperação com base no fato de o furto ter sido realizado durante o período noturno, quando reduzida a vigilância. Isso porque, de acordo com a tese fixada no Tema Repetitivo nº 1.087 do C. Superior Tribunal de Justiça, ***“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).”***

Isso não significa, porém, que a circunstância de ter sido o furto praticado no período de repouso noturno esteja excluída da valoração pelo magistrado.

Ao contrário, na *ratio decidendi* do precedente vinculante supracitado, o e. Ministro Relator João Otávio de Noronha

ressalvou expressamente a possibilidade de valorar referida circunstância na primeira fase da dosimetria:

“Deve-se registrar também que o princípio da proporcionalidade destina-se igualmente a evitar a proteção insuficiente ou deficiente dos bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal. Ora, é evidente que a lesividade advinda do cometimento do furto qualificado durante o repouso noturno é maior que a do furto simples ocorrente no mesmo período. Assim, é razoável admitir a 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). Nessa oportunidade, o órgão julgador avaliará, sob a ótica de sua discricionariedade, o elemento relativo ao espaço temporal em que a infração foi cometida, podendo, se assim considerar, analisar a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime com maior reprovabilidade. Esse proceder possibilitaria calibrar a reprimenda de modo a atender o postulado da proporcionalidade diante do caso concreto.” (REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022).

E tal interpretação, embora não integre a tese firmada no precedente da Corte Superior, conta com apoio de doutrina de fôlego, como mencionado em obter dictum no corpo do mesmo precedente:

“Por um lado, Nelson Hungria, Noronha, Fragoso, Prado, Greco e Gonçalves pontuam a impossibilidade de aplicação da causa de aumento de pena referente ao cometimento do furto durante o período noturno (art. 155, § 1º, do CP) ao furto qualificado pelas disposições técnicas topográficas do Código Penal. Fragoso e Prado, embora reconheçam a impossibilidade de incidência da majorante, ressaltam que ela pode ser considerada na fase dosimétrica prevista no 59 do CP.” (grifos nossos).

Vale mencionar que tal entendimento encontra respaldo nesta E. Corte de Justiça Paulista:

“Furto qualificado tentado – Causa de aumento de pena do repouso noturno – Inaplicabilidade – Entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Repetitivo (REsp 1.888.756/SP) – Pleito de incidência da majorante desacolhido. Reconhecimento do repouso noturno como circunstância judicial desfavorável na primeira fase – Pleito já acolhido pelo MM. Juízo sentenciante. Confissão parcial – Aplicação da atenuante – Possibilidade – Entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Regime fechado – Desproporcionalidade diante das condições do caso concreto – Alteração para o regime semiaberto – Inteligência do artigo 33 § 3º do Código Penal. Recurso do Ministério Público improvido. Pena final e regime alterados.” (TJSP; Apelação Criminal 1500208-81.2023.8.26.0622; Relator (a): Klaus Marouelli Arroyo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapeva - 3ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 10/11/2023; Data de Registro: 10/11/2023).

Ausentes outras circunstâncias modificadoras, a pena tornou-se definitiva.

Regime Prisional. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33 do Código Penal, foi fixado o **REGIME ABERTO** para que tenha início o cumprimento da pena privativa de liberdade, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Substituição. O MM. Juiz *a quo* considerou presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal e substituiu a pena privativa de liberdade por 01 restritiva de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena corporal, e pagamento de mais 10 (dez) dias-multa.

Ex positis, pelo meu voto, **nega-se provimento ao recurso defensivo**, mantendo-se inalterada a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora