



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000387748

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004346-20.2024.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ALEXANDRE ANTONIO DOS 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

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0004346-20.2024.8.26.0562

Apelante: Alexandre Antonio dos Santos

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos

Voto nº 5.719

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA E CONCURSO DE PESSOAS (ARTIGO 155, § 4º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA, AO ARGUMENTO DE PRECARIEDADE PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO REPRESENTANTE DA VÍTIMA E PELOS GUARDAS MUNICIPAIS CORROBORADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS. ACUSADO FLAGRADO NO ENTORNO E LOGO APÓS O CRIME, NA COMPANHIA DO COMPARSA, E NA POSSE DA RES FURTIVA. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. QUALIFICADORAS CARACTERIZADAS E COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. BASILAR ESCORREITAMENTE FIXADA NA FRAÇÃO DE 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **2ª FASE.** PENA EXASPERADA EM MAIS 1/6 PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO NÃO COMPORTA ABRANDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS E APELANTE REINCIDENTE. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU A CONCESSÃO DE SURSIS, DIANTE DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

RECURSO DESPROVIDO.

Ao relatório da r. sentença (págs. 309/316), proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Walter Luiz Esteves de Azevedo, da 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Alexandre Antonio dos Santos**, qualificado nos autos, foi processado e condenado ao cumprimento de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento do valor correspondente a 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.

Irresignado, insurge-se buscando a absolvição, ao argumento de precariedade probatória (págs. 333/338)

Processado e contrarrazoado o recurso (págs. 345/347), manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento (págs. 364/370).

É o relatório.

A irresignação não comporta acolhimento.

O apelante e o corréu Jorge Fernandes Santos foram processados como incurso nas penas do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia (págs. 99/101):

“(…) no dia 06 de dezembro de 2.022, por volta das 03hs05min, no Cemitério do Saboó/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.”.

Faço consignar que na decisão de recebimento da denúncia foi decretada a prisão preventiva do apelante (págs. 104/106); após, o feito foi desmembrado com relação a ele (pág. 153), não encontrado no endereço informado nos autos; e, em seguida, por r. decisão proferida em 26/03/24, foi determinada a suspensão da ação penal e do curso do prazo prescricional, observando-se a regra prevista no art. 366 do Código de Processo Penal (pág. 154).

Sobreveio comunicação do cumprimento do

mandado de prisão (pág. 215), o apelante foi pessoalmente citado (pág. 222), e o processo retomou seu curso regular.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (pág. 03); auto de exibição, apreensão e entrega (pág. 10); boletim de ocorrência (págs. 16/18); relatório policial (pág. 47); laudo pericial do local dos fatos (págs. 87/90); 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.

Com efeito, nas oportunidades em que foi interrogado, o apelante negou o cometimento do crime.

Por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, narrou:

“(...) 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).

O corréu Jorge, também interrogado na fase

investigatória, da mesma forma, negou o cometimento do crime. Disse que:

“(...) 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).

No contraditório o apelante esclareceu:

“Aduziu que, na noite anterior aos fatos, em companhia do amigo e vizinho Jorge, trabalhou nos atacadistas que cercam o Mercado Municipal, descarregando caminhões. Alta madrugada, no caminho de volta para casa, Jorge, como era seu costume, revirou lixeiras em busca de material reciclável.

Em contentores de lixo que estavam na frente do cemitério, junto a uma adega, o réu e Jorge encontraram várias peças de metal. Ao lado dos latões, em sacos de nylon, havia outros objetos metálicos. Os dois julgaram que se tratava de material descartado. Decidiram recolher a fim de revende-los. Colocaram parte dos objetos em suas mochilas, ao lado de suas roupas de trabalho e marmitas, e carregaram o restante nos próprios sacos de nylon.

Alguns metros à frente, eles foram abordados por guardas municipais. Ríspidos, estes não permitiram ao acusado e a Jorge esclarecer a origem daqueles objetos. Acusaram-nos de furto. Queixou-se o réu de ter sido xingado e empurrado pelos guardas.” – pág. 311.

Entretanto, essas singelas e inconsistentes versões

não se sustentam, restaram isoladas nos autos, desprovidas de demonstração probatória de veracidade, e foram cabalmente infirmadas pelos elementos de convicção produzidos no contraditório, que comprometeram o apelante.

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. 70).

Em juízo, esclareceu que o muro do cemitério possui aproximadamente 4 metros de altura, enquanto o da frente mede cerca de 3 metros, e relatou que:

“(...) desafortunadamente, esse tipo de ocorrência se repete com frequência. 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. 312).

Os guardas municipais responsáveis pela diligência, nas oportunidades em que foram inquiridos, 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:

“(…) em testemunhos harmônicos e complementares, narraram que, 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 havia 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 a poucos passos de 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.”

(págs. 311/312).

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 que realizaram.

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 flagrado do lado de fora do cemitério, juntamente com o corréu, e na posse da *res furtiva*, circunstância que inverte o ônus da prova e gera presunção de

responsabilidade.

Acrescenta-se que o acusado foi visto pelas câmeras de segurança da municipalidade andando no interior do cemitério, juntamente com o corréu, pouco antes de flagrado pelos policiais.

E a inconsistente versão apresentada pelo réu nas oportunidades em que foi ouvido - de que teria encontrado os objetos em lixeira - é inverossímil e não encontra qualquer lastro probatório.

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 se retiraram do local.

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

A qualificadora atinente à escalada também restou caracterizada, posto que os agentes 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, importante destacar o teor do laudo pericial encartado às págs. 87/90, 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 ofendículos 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 ofendículos 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 os agentes usufruíram da posse tranquila e desvigiada da *res furtiva*, que saiu por completo da esfera de vigilância e disponibilidade dos representantes do cemitério municipal.

Assim, passa-se à análise da reprimenda lançada.

1ª Fase. Seguindo as diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal, a pena-base foi fixada na fração de 1/6 acima do mínimo legal, em razão da qualificadora remanescente, do crime ter sido praticado em período noturno e da conduta ter ofendido o respeito aos mortos, 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 praticado 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 ressaltou 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).

Outrossim, como é cediço, na hipótese de concorrência de qualificadoras em um mesmo tipo penal, revela-se possível a utilização de uma delas para qualificar o crime e da(s) excedente(s) como circunstância judicial desfavorável, nos termos da pacífica jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Na presença 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 agravantes, ou residualmente como circunstâncias judiciais.” (STJ - AgRg no REsp 2001502/RS, Relator(a): Min. Ribeiro Dantas, T5 - Quinta Turma, DJe em: 18/10/2022).

De mais a mais, cumpre ressaltar que, além da violação do patrimônio das vítimas, também foi atingido o bem social de cultivo e o respeito à memória dos mortos.

Neste sentido:

“(...) Ademais, a conduta do réu excede a reprovabilidade comum na espécie, pois a subtração de placas de bronze dos jazigos viola o respeito aos mortos. Assim, fica preservada a elevação aplicada, resultando na pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.” (TJSP; Apelação Criminal 1503450-15.2023.8.26.0536; Relator (a): Jucimara Esther de Lima Bueno; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santos; Data do Julgamento: 17/04/2024).

2ª Fase. Ausentes atenuantes. Caracterizada e

comprovada a reincidência (processo nº 3001609-76.2013.8.26.0562, condenação cuja pena foi extinta em 24/01/2018 – pág. 22), a reprimenda foi agravada no coeficiente de 1/6, resultando em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

3ª Fase. Ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena tornou-se definitiva.

Regime Prisional. Nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 33 do Código Penal, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ora valoradas, e da reincidência, correta fixação do **REGIME SEMIABERTO** para que tenha início o cumprimento da pena privativa de liberdade, como medida necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Substituição. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou aplicação de *sursis*, diante da ausência dos requisitos legais (artigo 44, incisos II e III, e artigo 77, incisos I e II, ambos do Código Penal).

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

ÉRIKA MASCARENHAS

Relatora