



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000452998

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1500130-62.2024.8.26.0037/50000, da Comarca de Araraquara, em que é embargante WANDERSON VINICIUS DA SILVA, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **POR MAIORIA DE VOTOS REJEITARAM os embargos opostos, vencidos o 2º Juiz, Exmo. Des. Silmar Fernandes e o 3º Juiz, Exmo. Des. Andrade de Castro, que acolhiam os embargos infringentes, e não declaram.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente), SILMAR FERNANDES, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, SÉRGIO COELHO E GRASSI NETO.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

**EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº
1500130-62.2024.8.26.037/50000.**

**Embargante: WANDERSON VINICIUS DA SILVA (Defensor
Público, Dr. João Finckler Filho).**

Embargada: 8ª Câmara de Direito Criminal.

VOTO nº 33.977.

**PENAL. EMBARGOS
INFRINGENTES E DE NULIDADE.
FURTO QUALIFICADO.
CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO.**

Embargos opostos visando ao afastamento da causa de aumento prevista no art. 155, §1º, do CP, nos termos do voto divergente, aplicada no presente caso, pelo juízo de piso e ratificada pelo r. Acórdão, na primeira fase da dosimetria. Subsidiariamente, que seja utilizada a majorante, na terceira fase da dosimetria. *Descabimento.*

A causa de aumento prevista no artigo 155, §1º, do Código Penal – **repouso noturno** – é de natureza objetiva, pouco importando, dessa forma, se o crime é cometido em estabelecimento comercial ou mesmo em residência habitada ou desabitada. Maior desvalor da conduta que decorre do fato de que o período de repouso noturno é o de maior vulnerabilidade para o patrimônio em geral, haja vista a menor vigilância, tudo a propiciar

facilitada subtração. Precedentes. Pedido subsidiário que não tem razão de ser por se tratar de inovação recursal. Matéria não suscitada em apelação e nem objeto da divergência dos julgadores.

Embargos rejeitados.

VISTO.

Cuida-se de recurso de **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE** (fls. 01/06) opostos, com fulcro no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, por **WANDESON VINICIUS DA SILVA**, com base no voto de Sua Excelência, o Desembargador Relator César Augusto Andrade de Castro (fls. 236/243), que, vencido, dava provimento ao apelo para reverter a pena base ao mínimo legal, afastando a causa de aumento e pena prevista no artigo 155, §1º, do Código Penal – ***repouso noturno***.

Busca o **embargante**, em apertada

síntese, que a matéria objeto de divergência seja novamente apreciada por esta C. Câmara, com afastamento do referido aumento de pena, nos termos do voto vencido, com consequente redução da reprimenda, ou, subsidiariamente, que a majorante do furto noturno seja aplicada apenas na terceira fase da dosimetria da pena, em favor do réu.

Opina, a D. Procuradoria Geral de Justiça, pelo não provimento dos embargos opostos (fls. 10/14).

É o relatório.

Os embargos devem ser rejeitados.

De proêmio, tenho que necessários alguns esclarecimentos.

Com a devida vênia ao entendimento apresentado no voto vencido, entendo coerente o sufragado pela douta maioria, não se enxergando margem, de fato, para acolhimento do pedido.

Insta destacar que este Julgador, apesar de não desconhecer o Tema nº 1087, Recursos Repetitivos, da 3ª Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, que entende, agora, modificando conclusão anterior, que a causa de aumento do repouso noturno não incide no crime de furto na sua forma qualificada, ainda mantém, com a devida vênia, a posição de que a referida causa especial de aumento de pena é de natureza eminentemente objetiva, mostrando-se suficiente, para sua configuração, que o delito tenha sido praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para o bem jurídico, sendo irrelevante o fato de se tratar de estabelecimento comercial (como no

caso em análise) ou de residência habitada ou desabitada, bem como o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. Norteia-se, este Julgador, em verdade, pelo entendimento emanado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que apresenta, por sua vez, posicionamento diverso daquele oriundo do Tema nº 1087, o que se observa, também, na 6ª Turma do próprio Superior Tribunal de Justiça (*É legítima a incidência da causa de aumento por crime cometido durante o repouso noturno (art. 155, §1º) no caso de furto praticado na forma qualificada (art. 155, §4º). Não existe nenhuma incompatibilidade entre a majorante prevista no §1º e as qualificadoras do §4º. São circunstâncias diversas, que incidem em momento diferentes da aplicação da pena. Assim, é possível que o agente seja condenado por furto qualificado (§4º) e, na terceira fase da dosimetria, o juiz aumenta a pena em 1/3 se a subtração ocorreu durante o repouso noturno. A posição topográfica do §1º (vem antes do §4º) não é fator que impede a sua aplicação para as situações de furto qualificado (§4º) – STF, 2ª Turma, HC 130952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/12/2016 e STJ, 6ª Turma, HC 306450-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/12/2014*).

Dito isso, vê-se que no caso analisado a causa de aumento foi considerada, pelo juízo de piso e mantida pelo r. Acórdão impugnado, apenas como circunstância judicial desabonadora, justificando o

aumento da pena basilar ao patamar de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, tornando-a definitiva por ausência de atenuantes e agravantes e demais causas de diminuição e aumento de pena – já que seria, na terceira fase da dosimetria, de fato, *bis in idem*.

Daí que, na espécie, **aplicada** a referida majorante como **circunstância desabonadora**, e exasperando a pena basilar, nada existe, em verdade, para corrigir na primeira fase da dosimetria, em vista do livre convencimento motivado do MM. Sentenciante. Como já dito, legítima a incidência da causa de aumento disposta no artigo 155, §1º, do Código Penal no caso em análise.

Ato contínuo, sequer o pedido subsidiário da defesa tem razão de ser. Como bem explicitado pelo D. Procurador de Justiça, Dr. Marcelo Dawalibi, entendimento que peço vênia para ratificar e utilizar suas razões como minhas, “a aplicação do repouso noturno na

*terceira fase da dosimetria porque 'mais benéfica ao acusado' não foi requerida em sede de apelação e tampouco integrou a divergência havida na Douta Turma Julgadora, que se limitou a debater se o horário do crime poderia ou não ser tomado como circunstância judicial negativa. Destarte, o pleito subsidiário do embargante, a par de contrariar expressamente o entendimento vinculante do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser conhecido porque **extrapola os limites da divergência**, encontrando expresso óbice no art. 609, parágrafo único, in fine, do Código de Processo Penal" (fls. 14).*

Por todo exposto, pelo meu voto,
REJEITO os embargos opostos.

Alcides Malossi Junior
DESEMBARGADOR RELATOR