



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000554096

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500625-09.2021.8.26.0168, da Comarca de Dracena, em que é apelante JONATAN PEREIRA DA COSTA DE PAULO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao apelo interposto pelo réu Jonatan Pereira da Costa de Paulo, somente para reduzir a pena-base e reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se suas penas para 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; bem como para fixar o regime inicial semiaberto e afastar a condenação de reparação dos danos materiais à empresa-vítima, mantida, no mais, a sentença de primeiro grau. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), SÉRGIO RIBAS E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 21 de junho de 2024.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 1500625-09.2021.8.26.0168
Comarca de Dracena – 3ª Vara
Apelante: Jonatan Pereira da Costa de Paulo
Apelado: Ministério Público
Voto nº 26386

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – Materialidade e autoria do delito demonstradas pela prova documental e oral. Dolo evidenciado. Recurso parcialmente provido, somente para reduzir a pena-base, reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, fixar o regime inicial semiaberto e afastar a condenação à reparação dos danos materiais à empresa-vítima.

Vistos.

Jonatan Pereira da Costa de Paulo interpôs recurso de Apelação em face da r. sentença datada de 13.12.2023, proferida pela MMª Juíza de Direito da 3ª Vara da Comarca de Dracena, que o condenou à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por incurso no artigo 171, “caput”, do Código Penal (fls. 561/571).

Em suas razões, a Defesa pleiteou a absolvição, alegando, em síntese, insuficiência probatória ou a atipicidade da conduta, por ausência de dolo e por ser aplicável, na espécie, o princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugnou pela fixação da pena-base no mínimo legal ou o seu aumento no patamar de 1/6; pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reconhecimento circunstância atenuante da confissão espontânea; pela fixação do regime inicial aberto; pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e pelo afastamento da condenação à reparação dos danos, prequestionando toda a matéria (fls. 592/613).

Já o Ministério Público, em suas contrarrazões, reiterou as alegações finais e pugnou pelo parcial provimento do recurso, somente para reduzir a pena-base (fls. 619/628).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo parcial provimento do apelo, para reduzir a pena-base (fls. 635/650).

É o relatório.

O ora apelante foi denunciado como incurso no artigo 171, “caput”, do Código Penal, porque, no dia 25.01.2021, em horário indeterminado do período vespertino, na loja denominada “Aliança Colchões”, localizada na Avenida Presidente Vargas, nº 485, centro, na cidade e Comarca de Dracena, obteve, para si, vantagem ilícita no valor de R\$ 16.000,00, mediante artifício fraudulento, em prejuízo do referido estabelecimento.

Após regular instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da denúncia.

Em que pesem as razões da Defesa, o recurso não pode ser provido, exceto para reduzir a pena-base, reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, fixar o regime inicial semiaberto e afastar a condenação à reparação dos danos materiais à empresa-vítima, uma vez que, no mais, analisando-se o conjunto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

probatório, verifica-se que ele foi avaliado com propriedade pela MMª Juíza de Direito sentenciante.

Com efeito, a materialidade delitiva está demonstrada em face dos boletins de ocorrência (fls. 07/09 e 215/218), do relatório de investigação (fls. 14/35), dos autos de reconhecimento fotográfico (fls. 97 e 228), do auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 219/220), bem como da prova oral.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

Interrogado na Delegacia, o réu confessou a prática do delito, alegando, em síntese, que tomou conhecimento, pela rede social “Facebook”, de que havia um grupo no aplicativo “Telegram” no qual eram fornecidos dados pessoais de diversas pessoas, a fim de serem indevidamente utilizados para a realização de compras. Segundo o acusado, ele passou a participar de tal grupo, adquiriu dados de diversas pessoas, pagando a quantia de R\$ 300,00 para tanto, e, em poder de tais dados, passou a fazer diversas compras, pelo aplicativo “WhatsApp”. Afirmou que adquiriu alguns objetos esportivos na loja “Aliança Calçados”, informando, via “WhatsApp”, um dos dados de cartão de crédito obtidos e, após a compra, recebeu os bens em sua residência, tendo a vendedora lhe oferecido a compra de alguns colchões da loja “Aliança Colchões”. Sustentou que adquiriu colchões e travesseiros do referido estabelecimento e solicitou a entrega no endereço de seu amigo Vitor, o qual não tinha conhecimento de que a compra era indevida. Informou que, com o “sucesso” de sua empreitada criminosa, ele realizou mais duas compras na loja “Aliança Calçados”, com o mesmo *modus operandi*. Asseverou que, após algum tempo, foi realizada a busca e apreensão nos endereços de entrega das mercadorias



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por ele adquiridas, ocasião em que ele informou onde os objetos se encontravam, tendo todos os bens adquiridos das lojas sido restituídos a estas. Acrescentou que não foi procurado pelas vítimas, tendo solicitado a elas, no dia da apreensão dos bens, que informassem o prejuízo, mas elas não o informaram, tendo ele interesse em ressarcir prejuízo causado (fls. 240/241).

Já em Juízo, o acusado optou por exercer o seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fls. 547 – gravação audiovisual).

Os demais elementos de provas trazidos aos autos, contudo, confirmam a prática do crime pelo réu.

Em depoimento seguro, o representante da empresa-vítima, Ricardo Fabbro Salsman, esclareceu que os delitos ocorreram nas duas lojas de seu genitor, tendo o réu negociado, inicialmente, com a funcionária da loja de calçados e realizado uma compra grande por “venda digitada do cartão”, ocasião em que o acusado recebeu os funcionários da loja na sua residência, local em que aparentemente ninguém habitava. Segundo Ricardo, quanto ao delito ora apurado, ocorrido na loja de colchões de seu pai, o réu efetuou uma compra no valor de R\$ 16.000,00, tendo sido recuperados apenas um colchão e um jogo de box, que o depoente, posteriormente, revendeu pelo valor de cerca de R\$ 3.000,00, sofrendo um prejuízo de aproximadamente R\$ 12.000,00 a R\$ 13.000,00. No mais, ratificou seu depoimento prestado na Delegacia, no qual relatou que realizou a venda para o réu, através do aplicativo “WhatsApp”, de 04 colchões, 06 bases box, uma cabeceira e 03 travesseiros, totalizando o valor de R\$ 16.000,00, na modalidade “digitada”, sem a presença física do acusado,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que se apresentou com o nome de “Marcelo Cordeiro da Silva” e repassou os dados de um cartão de crédito para pagamento à vista, solicitando que a entrega fosse realizada em determinado endereço, para o qual o depoente e a testemunha Felipe se dirigiram e foram atendidos pelo réu, que se apresentou como “Marcelo”, e descarregaram a mercadoria; todavia, posteriormente, a referida venda foi contestada pelo titular do cartão de crédito utilizado, que alegou desconhecer a compra (fls. 96 e 547 – gravação audiovisual)

Em reforço à tese acusatória, a testemunha Misael Domingos da Silva Junior, investigador de polícia, narrou que, após o recebimento de informação de que um indivíduo estava praticando diversos delitos de estelionato na cidade, sobretudo contra estabelecimentos do comércio local, efetuou diligências e obteve informações do endereço em que alguns produtos comprados com dados de cartões de crédito vazados na *Internet* eram entregues, constatando se tratar da residência da genitora do réu, o qual já era bastante conhecido nos meios pela prática de estelionato. Segundo Misael, ele apurou que o réu realizava compra na modalidade “digitada”, em que a presença do comprador no estabelecimento é prescindível, e fornecida dados do cartão de crédito e cópias de documentos dos seus titulares, que adquiria em grupos de “Telegram” e “Facebook”. Esclareceu que o representante da empresa-vítima informou que vendera 04 colchões, 06 bases de cama, uma cabeceira e 03 travesseiros ao indivíduo que se identificou como “Marcelo”, tendo o proprietário da loja e um funcionário realizado a entrega dos bens, ocasião em que foram recepcionados pelo indivíduo que se apresentou como “Marcelo”; após algum tempo, o cartão de crédito utilizado foi bloqueado e o valor da compra estornado, tendo a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

empresa sofrido prejuízo de R\$ 16.000,00. Relatou que o representante da empresa-vítima reconheceu o réu, por fotografia, como sendo a pessoa que recebera as mercadorias. Aduziu que algumas mercadorias foram recuperadas na casa em que o apelante estava morando, na cidade de Tupi Paulista, e foram restituídas à empresa-vítima. Acrescentou que, no ano de 2020, o acusado esteve envolvido em outros dois crimes semelhantes; no ano de 2021, em 04 crimes; e, no ano de 2023, ele novamente praticou crime, sendo apreendidas mercadorias compradas com o mesmo *modus operandi*, em cumprimento de mandado de busca e apreensão (fls. 547 – gravação audiovisual).

No tocante à idoneidade do depoimento do policial, importante ressaltar que na condição de servidor público, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com a observância aos preceitos legais, é merecedor de toda confiança, como de resto, qualquer pessoa há de merecer, até a prova em contrário, inexistente nos autos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento: *“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”*. (HC nº 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Por sua vez, a testemunha Felipe Santiago Fabbro, muito embora não tenha se recordado bem dos fatos, o que é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

compreensível, tendo em vista o tempo transcorrido entre a data dos fatos e a da audiência, quase três anos depois, confirmou que realizou uma entrega grande de colchão e que tomou conhecimento, posteriormente, de que a loja onde ele trabalhava havia sofrido um “golpe” (fls. 547 – gravação audiovisual).

Consigne-se, a propósito, que os depoimentos prestados pela representante da empresa-vítima e pelas testemunhas na Delegacia e em Juízo são, em essência, coerentes e harmônicos. As pequenas divergências neles existentes, além de próprias da natureza da prova e de serem compreensíveis, tendo em vista o tempo transcorrido entre a data dos fatos e a audiência, quase três anos depois, são relativas a fatos secundários, razão pela qual em nada prejudicam a certeza a respeito da materialidade e da autoria dos crimes. Ademais, nada existe nos autos a indicar que elas estivessem perseguindo o apelante, ou que tivessem qualquer motivo para incriminar falsamente pessoa que sabem ser inocente. Aliás, o réu sequer indicou um motivo para estar sendo injustamente incriminado.

Consigne-se, ainda, que as declarações das testemunhas prestadas na fase inquisitiva não podem ser desprezadas, uma vez que, efetivamente, foram corroboradas pelos demais elementos de prova produzidos em Juízo, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido: "*A prova policial, inquisitória, só deve ser desprezada, afastada, arredada, como elemento válido e aceitável de convicção, quando totalmente, absolutamente, ausente prova judicial confirmatória ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em juízo, através de regular instrução*" (RT 622/276).

Assim, considerando que a confissão prestada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo réu na polícia, rica em detalhes, foi corroborada pelos demais elementos de prova, não há como desprezá-la.

A propósito: *“Processo penal. Prova. Confissão extrajudicial. Posterior retratação judicial. Eficácia probatória da confissão realizada perante a autoridade policial. A confissão vale, não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório. Penal. Pena. Roubo biqualeficado. A presença de duas qualificadoras justifica a incidência de fração superior à mínima de um terço. Penal. Pena. Roubo. Imposição de regime fechado. Necessidade. (TJSP, 871392520098260050 SP 0087139-25.2009.8.26.0050, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 09/02/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/02/2012).*

“Não se pode perder de vista que, sem razão extraordinária, não é comum alguém mentir contra si próprio. E na espécie, não se vislumbram fatos que pudessem implicar no reconhecimento de uma falsa confissão na polícia. De mais a mais, insista-se, a confissão naquela fase merece eficácia probatória, porque crível e verossímil, fruto da clara correlação entre os testemunhos, tudo a permitir a responsabilização penal do recorrente. De mais a mais, a confissão policial pode prevalecer à retratação judicial, quando harmônica com o restante da prova, uma vez que aquela vale pelo grau de credibilidade que lhe seja inerente e não pelo local em que é colhida”. (Revisão n.º 297.262/1, TACRIM, 4o Grupo de Câmaras, Relator: Luiz Ambra, RJTACRIM 35/497).

Verifica-se, portanto que o réu obteve vantagem ilícita, em prejuízo da empresa-vítima, mediante meio fraudulento, consistente em realizar compra com cartão de terceiro, sem o conhecimento deste, com dados obtidos em rede social, caracterizando o crime do artigo 171, “caput”, do Código Penal.

Nessas circunstâncias, fica evidente que o ora apelante agiu de má-fé, de forma preordenada, visando obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, tanto que, além de ter admitido,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em fase inquisitiva, que sabia que os dados de cartões de créditos eram disponibilizados por aplicativo para serem utilizados indevidamente para a realização de compras, ele somente afirmou que tinha interesse em ressarcir a empresa após a instauração do inquérito policial, sendo certo que alguns objetos somente foram restituídos à empresa-vítima após cumprimento de mandado de busca e apreensão, tudo a evidenciar que ele não pretendia restituir os bens ou valores à empresa-vítima, sendo necessário comunicar os fatos à polícia, instaurar inquérito policial e expedir mandado de busca e apreensão.

Em suma, os depoimentos das testemunhas na Delegacia e em Juízo mostram-se, em essência, harmônicos, coerentes, livres de dúvidas, nada havendo que possa demonstrar a intenção de prejudicar o acusado, motivo pelo qual são suficientes a embasar o decreto condenatório.

Aliás, sobre a relevância dos depoimentos prestados pelas vítimas e testemunhas, em crimes de estelionato, já se posicionou a jurisprudência, confira-se: *“Prova. Estelionato. Palavra da Vítima e de testemunha. Eficácia. Tratando-se de estelionato, as palavras da vítima e de testemunha asseguram a autoria do delito quando não há nenhum motivo plausível para efetuarem tal acusação e se verifica que o réu, através de subterfúgios, iludiu o ofendido, obtendo substancial lucro em seu prejuízo”* (TACRIM-SP 6ª C. Ap. 133.715-7/5 rel. Almeida Sampaio j. 16.06.2003 Rolo/flash 2008/261).

Bem caracterizado, dessa forma, o crime de estelionato.

Neste sentido: *“Caracteriza-se o estelionato pela presença de seus elementos constitutivos, a saber: o artifício fraudulento, o induzimento, por meio dele, das vítimas em erro, o prejuízo por esta sofrido, o*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

correspondente locupletamento ilícito dos agentes e o dolo" (TARS - AC - Rel. Pedro Henrique Rodrigues - RT 572/385).

"Configura-se o estelionato quando o acusado induz a vítima em erro, mediante artifício e ardil, conseguindo vantagem ilícita em prejuízo alheio" (TJMS - AC - Rel. Gerval Bernardino de Souza-RT 609/392).

"O estelionato, quer na forma descrita no "caput" do art. 171 do CP, quer ainda nas diversas formas de fraude previstas em seu § 2º, exige sempre a identificação de dolo no comportamento do agente (não há, in casu, previsão legal de comportamento culposos sancionável penalmente) e esse dolo consiste no voluntário emprego de algum artifício por esse agente preordenado para fraudar a eleita vítima" (TACRIM –SP- HC 179.956/3 - Rel. P. Costa Manso).

Assim, suficientemente provadas a materialidade e a autoria do crime de estelionato, cuja tipicidade - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, está bem demonstrada, sem a presença de qualquer excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação do réu era mesmo de rigor, não se podendo acolher a tese absolutória de insuficiência de provas ou de atipicidade da conduta, por ausência de dolo.

Outrossim, consigne-se que também não é o caso de se aplicar princípio da insignificância, porquanto, conforme entendimento consagrado em nossos tribunais, para aplicação desse princípio devem ser conjugados os seus vetores caracterizadores, a saber: a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Todavia, não é o que se verifica no presente caso, em que o réu obteve, em proveito próprio, vantagem ilícita, no valor de R\$ 16.000,00, em prejuízo da empresa-vítima, induzindo-a e mantendo-a em erro, mediante meio fraudulento, demonstrando ousadia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e maior reprovabilidade de sua conduta. Além disso, não se pode considerar que o prejuízo da empresa-vítima seja pequeno, quiçá insignificante ou irrisório.

Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça: *“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTELIONATO. CONDENAÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA QUE REVELA TIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um inominado sucedâneo recursal. 2. Consoante entendimento jurisprudencial, o 'princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.’ (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004). 2. Ainda que o valor obtido com a ação delituosa seja ínfimo (R\$ 50,00), não é insignificante a conduta de auferir vantagem ilícita, mediante o uso de cheque produto de furto, com repasse da cártula ao comércio para pagamento de dívida e percebimento, em dinheiro, da diferença. 3. Circunstâncias do caso que não autorizam reconhecer o caráter bagatelar do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico, diante de reprovabilidade suficiente. 4. Inexistência de flagrante ilegalidade apta a relevar a*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

impropriedade da via eleita. 5. Writ não conhecido.” (STJ, HC 253.620/RS, rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgamento em 06.05.2014, Dje de 14.05.2014 – grifo nosso).

Bem a propósito, ao dissertar sobre o bem de valor insignificante, ensina Júlio Fabbrini Mirabete: *"a excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira (não admitindo o princípio da bagatela no direito brasileiro: JTAERGS 70/94, 71/41 e 82), mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não contra legem. Não há como confundir, por exemplo, pequeno valor da coisa subtraída com valor insignificante ou ínfimo; no primeiro caso há somente um abrandamento da pena, no segundo há exclusão da tipicidade (RT 605/368; RSTJ 53/345) (Manual de Direito Penal, 28^a. Ed., vol. I, pp. 102).*

Consigne-se, ainda, que não se pode cogitar que a conduta do acusado seja tida como irrelevante para o Direito Penal. Isso porque o réu, mediante meio fraudulento, induziu e manteve a empresa-vítima em erro, causando-lhe efetivo prejuízo, uma vez que sequer todos os bens foram recuperados. Portanto, a falta de repressão de tal conduta representaria verdadeiro incentivo à prática de crimes.

Além disso, o réu é reincidente (Processo nº 1502883-60.2019.8.26.0168 – fls. 423), revelando habitualidade criminosa e, conseqüentemente, maior reprovabilidade de sua conduta, de forma a excluir completamente a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância, que, conforme entendimento de nossos tribunais, tem como requisito, dentre outros, a ausência de reprovabilidade da conduta.

Em tais circunstâncias, impõe-se, efetivamente, a condenação, nos termos da sentença monocrática.

No tocante às penas aplicadas, contudo, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sentença merece reparo.

A MM^a Juíza, na primeira fase, atenta ao disposto no artigo 59 do CP, considerando a conduta social do réu, “*pois após ser processado nestes autos, veio a ser processado por outro processo criminal em razão da prática de crime de estelionato (Autos n^o 1500622-54.2021.8.26.0168, fls. 422/423 com data de trânsito em julgado dia 25/10/2023 cf. pesquisa processual E-Saj - fls. 826), sendo que o réu também já havia sido investigado há tempos atrás, mais precisamente no ano de 2020, pela prática do mesmo delito, mediante o mesmo 'modus operandi', demonstrando que teria feito deste tipo de crime o seu meio de vida (cf. Relatório de investigação de 10/29 - boletins de ocorrência 31/2020, da DIG de Dracena e 454/2020 da Delegacia de Polícia de Junqueirópolis, complementado pelo BO 34/2020), além de continuar praticando crimes patrimoniais, conforme boletim de ocorrência acostado a fls. 395/405, corroborando a versão do policial civil Misael Domingos da Silva, o qual esclareceu que em cumprimento a novo mandado de busca em data recente, foram apreendidos diversos objetos que aparentavam ser produtos de crime de estelionato na residência do réu (BO DP 1620-1/2023 - fls. 395/405), tudo a indicar que faz do ilícito seu meio de vida” (fls. 569); os maus antecedentes do acusado (Processo n^o 1502883-60.2019.8.26.0168 – fls. 423); e o elevado prejuízo sofrido pela empresa-vítima, fixou a pena-base no triplo do mínimo legal, em 03 anos de reclusão e 30 dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Todavia, tal aumento não se mostrou adequado, pois, tal qual a reincidência, entendo que os maus antecedentes e a personalidade voltada para a prática de crimes só se caracterizam quando a condenação definitiva for relativa a fato*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

criminoso anterior àquele que é objeto de julgamento, diferenciando-se da reincidência somente quanto ao período depurador e ao momento do trânsito em julgado.

Sobre o tema, já se posicionaram ambas as turmas do C. Superior Tribunal de Justiça: *“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. USO DE PROCESSOS REFERENTES A FATOS POSTERIORES AO DO CASO EM TELA E COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL A SER ANALISADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] - Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos da condenação, motivo pelo qual não caracteriza reincidência ou maus antecedentes. - Processos com condenações definitivas, mas relativos a fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser usados para agravar a pena-base, seja como maus antecedentes ou como personalidade negativa do agente. - Não se mostra razoável considerar desfavorável a conduta social apenas em razão de o paciente não ter comprovado ocupação lícita. [...]”* (STJ – HC 338.975/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015 – grifo nosso)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM FACE MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE NEGATIVA. AÇÕES PENAIAS DE FATOS POSTERIORES AO CRIME EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA SOBEJANTE. USO NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...] 2. Ações penas definitivas por fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser usadas para agravar a pena-base, seja como maus antecedentes ou como personalidade negativa do agente. 3. Na sentença, o julgador



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fixa a pena merecida ao tempo em que o crime se consumou, não podendo haver influência de fatos posteriores ao que está sendo julgado. 4. [...]” (STJ – HC 199.203/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015).

Outrossim, consigne-se que condenações não definitivas, inquéritos policiais e processos em andamento, extintos ou suspensos não podem ser considerados como maus antecedentes ou como evidência de má personalidade, conforme Súmula 444 Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*.

No mesmo sentido se posiciona o Supremo Tribunal Federal: *“Conflito, com o princípio da não-culpabilidade - “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal) - evocar processos em curso e outros extintos pela prescrição da pretensão punitiva a título de circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), exacerbando a pena-base com fundamento na configuração de maus antecedentes” (Recurso em Habeas Corpus nº 80.071/RS, 2o Turma, Ministro Marco Aurélio, DJU de 02-04-2004).*

Ademais, a mera existência de inquéritos policiais e ações penais em curso não demonstra, por si só, conduta social reprovável, porquanto, conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete, a conduta social do agente refere-se *“a sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar, etc.”* (in Manual de Direito Penal, 28ª. Ed., vol. I, p. 286). No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci: *“Conceito de conduta social: é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, etc. [...] É natural que a simples folha de antecedentes não presta para afirmar ser a conduta do acusado boa ou ruim.”* (in “Código Penal Comentado”,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ed. RT, 11ª edição, 2012, pp. 426/427).

Assim, considerando somente os maus antecedentes do acusado, bem como que as circunstâncias e consequências do crime extrapolaram aquelas inerentes ao próprio tipo penal e indicam maior reprovabilidade da conduta do acusado, tendo em vista que, ainda que a empresa-vítima se trate de estabelecimento comercial, o réu adquiriu, mediante meio fraudulento, 04 colchões, 06 bases box, uma cabeceira e 03 travesseiros, pelo valor de R\$ 16.000,00, não se tratando, portanto, de uma compra rotineira, tendo sido restituídos poucos bens, resultando em demasiado prejuízo à vítima, fixo a pena-base 1/5 acima do mínimo legal, em 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, considerando ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as penas ficaram mantidas sem alterações.

Observo, neste ponto, que, ainda que o réu, em Juízo, tenha exercido o seu direito constitucional de permanecer em silêncio, na fase inquisitiva, confessou a prática do delito. Dessa forma, tendo a confissão do réu sido integral, uma vez que não negou a existência de fato importante para a correta classificação jurídico-penal da conduta, e foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas, de forma a propiciar ao Juízo alcançar a verdade real, impõe-se o reconhecimento da referida atenuante.

Assim, nesta etapa, reduzo as penas ao piso legal, ou seja, 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, uma vez que tal circunstância não pode diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Justiça: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal*".

Convém mencionar que a condenação definitiva utilizada pela sentenciante para fixar a pena-base do réu acima do mínimo legal era apta a caracterizar a reincidência e deveria ter sido considerada na segunda fase da dosimetria. Todavia, neste ponto, a sentença não pode ser objeto de modificação, ante a vedação da "*reformatio in pejus*".

Na terceira fase, face à inexistência de causas de aumento ou de diminuição de pena, torna-se a reprimenda definitiva no patamar em que agora se encontra.

Com relação ao regime prisional, foi fixado o inicial fechado. Todavia, a despeito da reincidência – muito embora sua condenação anterior tenha sido considerada como caracterizadora de maus antecedentes –, o que torna inviável a aplicação do regime inicial aberto, considerando que na condenação anterior houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como que o crime ora apreciado não foi praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, entendo que o regime inicial semiaberto se mostra adequado e suficiente para a reprovação da conduta, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido: "*O regime carcerário para o condenado à pena inferior a quatro anos, mas reincidente, é o semiaberto para cumprimento da pena, não sendo adequada a aplicação de regime fechado, por ferir a proporcionalidade e os critérios na necessidade e suficiência da sanção*" (TJSP – Ap. – Rel. Arantes Nassif – j. 24.02.1999 – RJTJRS 195/167).

Observo, ainda, que a consideração dos maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável, na primeira



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

etapa, e posteriormente, como circunstância para justificar o regime inicial semiaberto, não configura “*bis in idem*”. Isto porque, num primeiro momento, os maus antecedentes são considerados como circunstância judicial desfavorável e, depois, para evidenciar que a fixação de regime inicial diverso não seria suficiente à prevenção e repressão do delito, tendo em vista que o réu já foi condenado e voltou a delinquir, demonstrando que a fixação do regime mais brando não se mostra adequada à espécie, conforme dispõe o artigo 33, § 3º, do CP.

Pelas mesmas razões, deixou-se corretamente de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, como exposto, o réu é reincidente, a despeito de sua condenação anterior ter sido considerada como caracterizadora de maus antecedentes, sendo certo que, de qualquer forma, os maus antecedentes e a conduta social do acusado, que já foi beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação anterior e voltou a delinquir, não autorizam a concessão de tal benefício, nos termos do artigo 44 do Código Penal, uma vez que tal medida não seria socialmente recomendável.

Nesse sentido: “*APELAÇÃO CRIMINAL - Furto qualificado pelo concurso de agentes- PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - Impossibilidade. Materialidade, autoria e qualificadora demonstrada pela prova oral colhida em juízo. Condenação bem decretada. PENA- Apelante portador de maus antecedentes a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Descabimento da substituição da reprimenda corpórea que não se mostra recomendável em razão dos maus antecedentes - Correta a fixação do regime semiaberto - Recurso não provido.*” (AP 0000672-63.2005.8.26.0412 – TJSP, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Camilo Léllis, DJ 28.11.2013).

Por fim, entendo que deve ser afastada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenação à reparação dos danos materiais à empresa-vítima, pois, é certo que o artigo 387 do Código de Processo Penal, como medida de celeridade processual, autorizou o juiz, após regular processamento da ação penal, a fixar na sentença condenatória o valor indenizatório para reparação dos danos causados pelo crime, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Entretanto, é necessário que o réu tenha a oportunidade de se manifestar a respeito, o que não se deu no presente caso, pois o valor (R\$ 13.000,00), ao que consta, foi estabelecido com base exclusivamente na palavra do representante da empresa-vítima, que não afirmou com precisão o prejuízo sofrido, informando ser cerca de R\$ 12.000,00 a R\$ 13.000,00, sem qualquer comprovação nos autos e sem que a Defesa tivesse oportunidade de impugná-lo. Assim, eventual indenização da empresa-vítima deverá ser pleiteada na esfera cível.

Neste sentido: *“APELAÇÃO CRIMINAL (...) – EXCLUSÃO “EX OFFICIO” DA REPARAÇÃO DE DANOS (ART. 387, INCISO IV, CPP) - MATÉRIA NAO ARTICULADA NOS AUTOS. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA - RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...). 4. A fixação de indenização civil no processo penal (art. 387, IV, CPP) não pode ser realizada aleatoriamente, sem um parâmetro razoável ou sem proporcionar todos os meios de provas admissíveis ao réu, para que este possa demonstrar o que seria, em tese, devido”*(TJPR, 3ª CCr, ApCr nº 703281-1, Rel. Des. Marques Cury, DJ de 07/01/11).

“APELAÇÃO CRIMINAL (...) - REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS ART. 387, IV, DO CPP PEDIDO FORMAL DO OFENDIDO E POSSIBILIDADE DE DEFESA Necessidade: A inovação trazida pela Lei 11.719/08, visando à reparação civil na esfera criminal, para não causar ofensa ao princípio da ampla defesa, precisa observar os limites do pedido do ofendido permitindo, ainda, que o acusado se defenda e, sendo o caso, produza contraprova para apuração do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prejuízo sofrido. Recurso parcialmente provido apenas para afastar da condenação a necessidade de ressarcimento.” (TJSP – AP 0008080-16.2009.8.26.0073, 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. J. Martins, DJ 27.06.2013).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo interposto pelo réu Jonatan Pereira da Costa de Paulo, somente para reduzir a pena-base e reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se suas penas para 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal; bem como para fixar o regime inicial semiaberto e afastar a condenação de reparação dos danos materiais à empresa-vítima, mantida, no mais, a sentença de primeiro grau.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator