



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2024.0001248820**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000636-07.2019.8.26.0646, da Comarca de Urânia, em que é apelante/apelado ANTÔNIO FERNANDO DOS REIS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), RENATA WILLIAM RACHED CATELLI E LEME GARCIA.

São Paulo, 17 de dezembro de 2024.

**GUILHERME DE SOUZA NUCCI**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação criminal nº 0000636-07.2019.8.26.0646**  
**Comarca: Urânia**  
**Apelantes/Apelados: Antonio Fernando dos Reis e Ministério Público**

**VOTO Nº. 33.813**

Apelação. Estelionato. Aquisição de duas cargas de laranja, em um total de 1.396 sacos de 20kg cada, assim como uma carga de manga, contendo 808 caixas de 13kg cada, no valor total de R\$ 39.760,80, mediante meio fraudulento, consistente na indicação de empresa inexistente e documentos falsificados, com o desvio da entrega das mercadorias para outro endereço e o inadimplemento do boleto de pagamento. Condenação. Pleito defensivo almejando absolvição por carência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Acervo probatório documental e pericial corroborados pelos depoimentos do representante da empresa-vítima e de testemunha presencial, evidenciando que o réu Antônio participou da empreitada criminosa, sendo o responsável por receber as mercadorias no local de destino desconhecido do vendedor. Comprovação do intento fraudulento dos agentes, sobretudo diante da utilização de informações, nomes e documentos falsos durante a negociação. Condenação mantida. Recurso ministerial improvido. Recurso defensivo parcialmente provido, somente para o fim de reduzir a reprimenda do réu Antônio ao patamar de 1 ano e 2 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de 11 dias-multa, calculados no piso legal, com a manutenção da substituição da reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos fixados na sentença hostilizada.

Pela sentença de fls. 643/662, proferida em 14 de junho de 2024, pela MM. Juíza de Direito, Dra. Marcela Corrêa Dias de Souza, da Vara Judicial da Comarca de Urânia, **ANTÔNIO FERNANDO DOS REIS** foi condenado às penas de 1



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ano e 4 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de 13 dias-multa, calculados no piso legal, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal. Ademais, o réu Antônio foi absolvido da imputação quanto à prática do delito previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa do réu interpôs recurso de apelação, pleiteando, em síntese, a sua absolvição diante da insuficiência do acervo probatório (fls. 688/691).

O *Parquet* também apelou, buscando a elevação da pena do crime de estelionato, diante da reincidência do agente, além de sua condenação também pelo delito de associação criminosa, com a fixação de regime prisional inicial fechado e o afastamento das penas alternativas (fls. 671/682).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 685/687 e 698/701) e a Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo parcial provimento somente ao apelo ministerial, com o reconhecimento da reincidência do réu e a consequente exasperação da pena, além de fixar o regime inicial fechado e afastar as penas restritivas de direitos (fls. 714/718).

É o relatório.

Devidamente processados, somente o recurso defensivo comporta parcial provimento.

Segundo descreve a denúncia, no dia 21 de novembro de 2014, às 9h54, na Avenida Marginal, SP-320, altura do quilômetro 599, Distrito Industrial, na cidade de Santa Salete, o apelante Antônio e os corréus Wagner Matheus Dantas



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e Valdeli Fernandes dos Reis (processados em autos desmembrados), agindo em concurso, obtiveram, em proveito comum, vantagem ilícita no valor de R\$ 39.760,80, em prejuízo da empresa “Frutícola Viana Ltda EPP”, induzindo e mantendo o seu representante Armelindo Alves Viana em erro, mediante ardil.

Consta, ainda, que, em data incerta, porém anterior ao dia 14 de novembro de 2014, em hora incerta, o apelante Antônio e os corréus Wagner Matheus Dantas e Valdeli Fernandes dos Reis (processados em autos apartados) teriam se associado para o fim específico de cometer crimes de estelionato.

Após o regular trâmite processual, que permaneceu suspenso por longo período, com fulcro no art. 366 do Código de Processo Penal, a magistrada *a quo* condenou o acusado Antônio pela prática somente do delito de estelionato, absolvendo-o da imputação relativa ao crime de associação criminosa, motivando a interposição dos apelos.

Segundo o apurado em solo policial, o corréu Valdeli (processado em autos desmembrados) telefonou para a empresa-vítima, identificando-se como “Kio Nelson”, em nome de uma empresa “Kio Comercial Agrícola Ltda.”, para realizar a compra de frutas, sobretudo laranjas e mangas. O sócio-proprietário da empresa-vítima, Armelindo Alves Viana, solicitou documentos sobre a referida empresa, confirmando a sua suposta idoneidade. Em seguida, foi fechado um negócio de compra e venda de duas cargas de laranja, em um total de 1.396 sacos de 20kg cada, assim como uma carga de manga, contendo



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

808 caixas de 13kg cada, no valor total de R\$ 39.760,80, com a emissão de boleto bancário com prazo para pagamento.

O corréu Valdeli, então, contratou um motorista de caminhão, chamado Rodrigo Gonçalves Picolo, que não estava envolvido com o crime, para realizar o transporte das mercadorias adquiridas, a serem carregadas na sede da empresa-vítima. O motorista Rodrigo efetuou o carregamento das frutas e seguiu para a cidade de Santo André, tendo como destino a suposta sede da empresa “Kio Comercial Agrícola Ltda”, de Valdeli, conforme constava na nota fiscal emitida pela empresa-vítima.

Todavia, no meio do percurso, próximo à cidade de Araraquara, Valdeli ligou para o motorista Rodrigo e pediu para ele levar a carga para o Mercado Municipal de São Paulo (“Mercadão”), local em que “Roberto”, posteriormente identificado como o ora apelante Antônio, irmão de Valdeli, receberia as mercadorias. Chegando no Mercadão, os corréus Antônio e Wagner, juntamente com três carregadores não identificados, efetuaram a retirada dos produtos, tendo Rodrigo recebido o pagamento pelo transporte realizado diretamente do corréu Wagner.

A empresa-vítima, todavia, não recebeu qualquer pagamento pelas mercadorias, sofrendo o prejuízo integral do negócio em questão, realizado mediante fraude, pois a empresa de Valdeli não existia e o destino das frutas não era conhecido pelo vendedor, já que os criminosos passavam informações falsas.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 12/13), relatórios de investigações (fls. 24/27, 28/45 e 171/172) e pela prova oral produzida nos autos (mídia audiovisual).

Em juízo, o representante da empresa-vítima, Armelindo, narrou os fatos em conformidade com a denúncia, de modo harmônico e claro, repisando a dinâmica delitiva supramencionada. Aduziu, ainda, não ter visto quem recebeu as mercadorias no Mercado, pois manteve contato somente com o comparsa Valdeli.

Também na audiência judicial, a testemunha Rodrigo, motorista do caminhão contratado por Valdeli, confirmou, sem sombra de dúvida, que o apelante Antônio era a pessoa que o esperava na chegada ao Mercado para retirar as mercadorias, indicando, inclusive, o local para estacionar. Afirmou que Antônio ainda ligou diversas vezes para o depoente durante o trajeto, após a mudança de destino, embora o apelante se apresentasse, à época, como “Roberto”. Explicou que durante o descarregamento permaneceu na cabine do caminhão, descansando, tendo recebido o pagamento em seguida e ido embora.

A testemunha João, investigador de polícia, discorreu sobre os detalhes da investigação, salientando que a testemunha Rodrigo reconheceu o réu Antônio como um dos indivíduos que retiraram as mercadorias do Mercado Municipal de São Paulo. Mencionou que já havia uma investigação em curso sobre a prática de estelionatos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

semelhantes na cidade de Pindorama/SP, o que facilitou a identificação dos acusados, incluindo o apelante Antônio.

No interrogatório judicial, o réu Antônio negou a prática delitativa. Disse que já respondeu por outro estelionato, mas preferia permanecer em silêncio sobre os fatos ora imputados a ele.

Finda a instrução processual, inequívocas a autoria e a materialidade dos crimes de estelionato por parte do réu.

A tese absolutória aventada pelo apelante não procede, encontrando-se a condenação devidamente embasada pelo farto conjunto probatório.

Afinal, restou incontroverso que o réu participou da empreitada criminoso fraudulenta praticada por, pelo menos, três indivíduos, consistente na compra irregular de mercadorias, com fulcro em empresa inexistente e documentos falsos, com a frustração do pagamento do valor de aquisição dos bens. Antônio, no caso, era irmão de Valdeli, que iniciou o contato telefônico com o representante da empresa-vítima, sendo o responsável por receber as mercadorias desviadas para o verdadeiro local de destino, sem o conhecimento do vendedor, recebendo diretamente da testemunha Rodrigo, que efetuou o transporte, sem saber sobre a prática ilícita.

Agindo dessa maneira, o apelante praticou a conduta descrita no tipo penal do art. 171, “caput”, Código Penal, conforme bem delineado na sentença recorrida.

De outro lado, não há falar em



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenação do acusado pela prática do delito de associação criminosa, tal como requerido pelo *Parquet* em grau recursal.

Afinal, o conjunto probatório produzido nos autos não foi suficiente para a comprovação da tipificação do aludido crime, pois não houve a demonstração, de modo incontroverso, de que os três réus já haviam se associado, antes da data dos fatos, para a prática de crimes de estelionato em geral, tal como imputado na denúncia.

Ora, a associação não deve ser extraída de um fato isolado, sob pena de configurar mera hipótese de concurso de agentes, requerendo, para sua comprovação, investigação mais apurada.

*In casu*, porém, não é óbvio que os acusados estivessem estruturados para a prática permanente de delitos.

O Estado precisa efetivamente investigar os fatos, não cabendo ao Poder Judiciário extrair de um delito isolado a existência, por presunção, de permanência e estabilidade de uma associação criminosa.

Assim, não se extrai dos elementos constantes dos autos o vínculo estável e permanente existente entre os apelantes para a prática de crimes.

De rigor, portanto, a manutenção da condenação do réu Antônio somente pela prática do delito de estelionato, nos termos da sentença apelada.

O cálculo da respectiva reprimenda comporta redução, com o parcial provimento do apelo defensivo.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na primeira fase, a magistrada *a quo* valorou os maus antecedentes do acusado (fls. 434/435 – crimes de estelionato e furto), com a exasperação da pena-base na fração de 1/3, resultando em 1 ano e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Nesse ponto, merece registro que a fixação da pena-base constitui o cenário mais rico e complexo no âmbito da individualização da sanção penal, porque o art. 59, caput, do Código Penal, indica vários elementos, sem os definir, nem mesmo mensurar o seu valor unitário.

Opera o Judiciário entre o mínimo e o máximo cominados à figura típica incriminadora pela lei. Há ampla discricionariedade para a apreciação de cada fator e, igualmente, para mensurar o seu quantum. A isso se deve associar o dever do magistrado de fundamentar as suas escolhas.

Portanto, parece-nos relevante respeitar o método adotado pelo julgador, desde que se mostre coerente, razoável e proporcional ao crime em relação ao qual se constrói a sanção concreta. Há uma visível tendência dos juízes em acolher os valores de 1/8 a 1/6, como regra, para o montante atribuído a cada uma das circunstâncias judiciais, tanto para elevar, quanto para abrandar a pena. Nada impede, ainda, a utilização de um quantum fracionário maior (acima de 1/6), desde que a circunstância, atrelada a elementos fáticos, devidamente provados no processo, assim recomende.

Por isso, atento ao caso em julgamento,



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

parece-nos que a exasperação da pena-base do réu, tal como realizado pelo magistrado, embora fundamentada, não representa a mais adequada avaliação fática, devendo ser reduzida para a fração de 1/6, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, resultando em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase, não houve a valoração de qualquer circunstância judicial.

Ao contrário do alegado pelo Ministério Público em grau recursal, não é o caso de reconhecer a reincidência do acusado, com fulcro em outra anotação criminal, pois o trânsito em julgado da condenação penal ocorreu somente em 2011, muito depois da data do fato ora apurado (fl. 435).

Sobre esse aspecto, em observância ao novo posicionamento adotado por Tribunal Superior,<sup>1</sup> é certo que tal entendimento, além de *nitidamente prejudicial ao réu*, não encontra respaldo em nenhum dispositivo legal, sendo fruto de interpretação ampliativa desfavorável que, evidentemente, não se coaduna com o preceituado pelos princípios da reserva legal e da presunção de inocência, destoando, inclusive, da Súmula 444 do STJ, a qual determina ser *vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*.

Na mesma esteira, inclusive, oportuno mencionar o posicionamento firmado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, que fixou o Tema Repetitivo

<sup>1</sup> Nesse sentido: *A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que condenações por fatos anteriores, mas com trânsito em julgado posterior à data do crime em apuração, podem justificar a majoração da pena-base a título de maus antecedentes.* (STJ, AgRg no HC 556.142/SP, 5ª T., rel. Joel Ilan Paciornik, 23/06/2020, v.u.)



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº. 1.139, definindo que *é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.*

Como é cediço, a própria raiz etimológica da expressão *antecedentes* conduz ao entendimento de que tal fator se volta aos registros definitivos pretéritos, que precedem à prática delitiva, assim, também guardando perfeita harmonia com o conceito de reincidência, a qual somente pode ser reconhecida *quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença*, portanto, não abrangendo *inquéritos arquivados, processos com absolvição ou em andamento, feitos prescritos (pretensão punitiva), entre outros fatores transitórios<sup>2</sup>*, uma vez desprovidos da segurança jurídica exigida para sua configuração.

Destarte, respeitadas doutos entendimentos contrários, não se deve considerar a mencionada condenação com trânsito superveniente aos presentes fatos, respeitando-se a presunção de inocência no exato momento em que se comete a infração penal.

Na terceira fase do cálculo, não há elementos passíveis de valoração no caso concreto, tornando a reprimenda definitiva no patamar supracitado.

Diante da quantidade de pena imposta e da primariedade do agente, a fixação do regime prisional inicial aberto deve ser mantida, nos termos do art. 33 c. c. o art. 59, ambos do Código Penal, bem como a substituição da reprimenda

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*. Forense, 20ª ed, nota 5 do art. 59.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

corporal por duas penas restritivas de direitos, uma vez preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, nos moldes expostos na sentença apelada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo ministerial e **dou parcial provimento** ao apelo defensivo, para o fim de reduzir a reprimenda do réu ANTÔNIO FERNANDO DOS RESIS ao patamar de 1 ano e 2 meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de 11 dias-multa, calculados no piso legal, com a manutenção da substituição da reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos fixados na sentença hostilizada.

**GUILHERME SOUZA NUCCI**

**Relator**