



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289024

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1536317-15.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLEYTON VINICIUS CARLOS DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 26 de março de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1536317-15.2023.8.26.0228

Apelante: Cleyton Vinicius Carlos de Souza

Corré: Inara Katia Alves Gonçalves

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo - SP

Magistrada: Eliana Cassales Tosi Bastos

Voto 10558

APELAÇÃO. ESTELIONATO. Preliminar de nulidade por inobservância do artigo 226 do Código de Processo Civil. Não acolhimento. Reconhecimento pessoal realizado em consonância com os ditames legais. Adotado o procedimento previsto no artigo 226, do CPP, bem como corroborado o reconhecimento por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, inaplicável a orientação prevista no HC 598.886/SC, julgado pelo STJ, por se tratar de hipótese diversa. Preliminar rejeitada. Mérito. Pleito defensivo para absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Provas seguras de autoria e materialidade. Conjunto probatório seguro para apontar a necessidade de manutenção do decreto condenatório. Palavras coerentes e firmes das testemunhas. Tipicidade das condutas. Responsabilização inevitável. Pena e regime prisional fixados dentro dos limites legais e de forma fundamentada. Apelo defensivo desprovido.

Trata-se de apelação interposta por Cleyton Vinicius Carlos de Souza contra a sentença (fls. 314/327) que o condenou como incurso nas sanções do artigo 171, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Pela mesma sentença, também foi condenada a corré Inara Kátia Alves Gonçalves a um ano de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao artigo 171, *caput*, do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, da qual a acusada e a acusação renunciaram ao direito de recorrer, transitando em julgado para as partes (fl. 333, 342 e 363).

Em suas razões, a Defesa de Cleyton Vinicius arguiu a nulidade do feito em razão da inobservância do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal. No mérito, requereu a absolvição, alegando insuficiência probatória.

Por fim, almeja a restituição do aparelho de telefone celular (fls. 350/356).

Regularmente processado o recurso, com apresentação de contrarrazões (fls. 368/378).

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer, ofertou manifestação pelo não provimento do apelo (fls. 400/411).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

E, inicialmente, cumpre apreciar a preliminar de nulidade do reconhecimento realizado pela vítima, sob alegação de inobservância do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

O reconhecimento pessoal feito por três testemunhas (fls. 28, 29 e 30), foi categórico, apontando o apelante e a sua comparsa, sem sombra de dúvidas, como sendo as pessoas que obtiveram, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Aliás, não se questiona o procedimento na fase policial, oportunidade em que, conforme consta em cada um dos autos, descreveu-se os sinais característicos das pessoas a serem reconhecidas e, em seguida, em local onde se encontravam várias pessoas, apontaram ambos os réus, limitando-se a discutir a metodologia empregada em juízo.

Ora, perante o juiz de primeiro grau, as testemunhas ratificaram o reconhecimento feito em sede administrativa, ou seja, não se exigindo a mesma dinâmica, especialmente, porque todas já teriam sido influenciadas pelo primeiro reconhecimento, do qual não há inconformismo das partes, e não induzidas pelo juízo, como quer fazer crer a defesa.

Assim, o acervo acusatório produzido na fase inquisitiva foi reproduzido na fase judicial, sob o crivo do contraditório, o que afasta a incidência de qualquer nulidade.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. MEIO FOTOGRÁFICO. VALIDADE. ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

CONTRARIEDADE. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS JUDICIALIZADAS E ELEMENTOS INFORMATIVOS. A jurisprudência dos tribunais pátrios admite o reconhecimento do acusado através de fotografias, o qual, se ratificado em juízo sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação. Precedentes. A nulidade gerada por qualquer inobservância das formalidades previstas no artigo 226 é relativa. Não havendo demonstração de prejuízo para a defesa, não há como ser reconhecida a nulidade. In casu, o reconhecimento do réu foi analisado em conjunto com a prova testemunhal. Não há nulidade quando a prova produzida ainda no procedimento inquisitorial é utilizada, desde que analisada em conjunto com as provas produzidas sob o crivo do contraditório durante a instrução criminal. Violação ao artigo 155, do CPP, não configurada. Agravo regimental a que se nega provimento (Agravo Regimental no AREsp 594.334/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, Julgado em 06/08/2015, DJE 01/09/2015).

Além disso, conforme reiteradas decisões dos Tribunais Superiores, o não atendimento de todas as diretrizes do artigo 226, do CPP, constitui mera irregularidade, pois se trata de recomendação, aplicada dentro das possibilidades do momento, de forma que, a inobservância de suas disposições não enseja nulidade do ato:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. As disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso. Precedentes. Agravo regimental desprovido (Agravo Regimental no AREsp 635998 /DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0000051-0. Relator Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJSP), Data do Julgamento 10/03/2015 Data da Publicação 16/03/2015).

No presente caso, também foi justificada a impossibilidade pelo magistrado a quo: *“a audiência de instrução foi realizada com ambos os acusados em liberdade. Nenhum dos acusados compareceu presencialmente em juízo, de modo que não haveria como o juízo apresentar o acusado ao lado de outras pessoas que com ele guardassem qualquer semelhança para o momento do reconhecimento”* (fl. 319).

Não se pode olvidar que vigora, no Código de Processo Penal, o princípio da liberdade de produção de provas, a qual é limitada apenas quanto ao estado da pessoa, quando deverão ser observadas as restrições da lei civil

(artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal), sendo certo que há proibição pela prova obtida por meios ilícitos (artigo quinto, inciso LVI, da Constituição Federal, e 157 do Código de Processo Penal), motivo pelo qual é perfeitamente idôneo o reconhecimento feito pelas testemunhas, tanto na fase administrativa quanto judicial.

E, no caso presente, não cuidou a douta Defesa do apelante em demonstrar a ocorrência de qualquer prejuízo.

Segundo o princípio do “pas de nullité sans grief”, não há que se reconhecer nulidade na ausência de prejuízo para as partes. E, inexistindo prejuízo, pressuposto indispensável ao reconhecimento de nulidade no processo penal (a teor do artigo 563 do Código de Processo Penal), não há que se falar em nulidade processual.

Nesse sentido: *“Em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”* (RSTJ 140/576).

“Processual penal. Nulidade sem prejuízo. Inexistência. Aplicação do princípio do pas de nullité sans grief, informativo do Título 'Das Nulidades', constante da lei processual penal (CPP, artigo 563)” (RSTJ 17/383) *“Nulidade processual. Prejuízo para a defesa. Artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal. Sem a prova da ocorrência de prejuízo para a acusação ou para a defesa, não se anula nenhum ato processual”* (RSTJ 17/172).

Assim, adotado o procedimento previsto no artigo 226, do CPP, bem como corroborado o reconhecimento por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, inaplicável a orientação prevista no HC nº 598.886/SC, julgado pelo STJ e trazido pela defesa, pois, além de se tratar de hipótese diversa, não se trata de decisão definitiva sobre o assunto, bem como não possui efeito vinculante

Portanto, não há que se reconhecer de nulidade processual.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

O réu Cleyton Vinicius Carlos de Souza foi condenado porque, na tarde de 24 de dezembro de 2023, por volta das 13h12min, na Avenida Mateo Bei, 2997, no Bairro de São Mateus, na Cidade e Comarca de São Paulo, agindo em concurso, previamente ajustados e com unidade de desígnios e propósitos com a ré Inara Kátia Alves Gonçalves, obteve para proveito comum, vantagem ilícita, no valor de R\$ 519,00, em prejuízo da vítima Iranete Francisca de Jesus da Silva, induzindo-a e mantendo-a em erro, mediante artifício e ardil.

Apurou-se que os réus, objetivando obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, ajustaram-se entre si e com indivíduos não identificados, e puseram-se a jogar, na própria via pública, o popularmente conhecido jogo das tampinhas, que tem por objetivo localizar uma bolinha escondida embaixo de tampinhas misturadas.

Enquanto o jogo acontecia, o acusado e seus comparsas eram responsáveis por atrair pessoas para realizar apostas em dinheiro na partida.

Assim, a vítima Iranete da Silva, que passeava pela via pública com sua filha, foi atraída por Inara, que a convidou a apostar R\$ 20,00 no jogo e dividir o prêmio de R\$ 200,00, entre si, metade para cada uma.

Ludibriada, a vítima consentiu com a proposta e entregou a Cleyton o seu cartão de crédito, a fim de pagar o valor da aposta de vinte reais.

Ocorreu que o denunciado, em manobra ardilosa, pré-estabelecida entre os comparsas, passou o cartão da vítima na máquina, na modalidade aproximação, porém informou-a de que a operação não havia se concretizado.

Assim, solicitou que ela fornecesse cartão diverso, o que foi feito.

Com o segundo cartão, o denunciado realizou outras duas operações, desta feita com a colocação de senha pela vítima, todavia dissimulou uma ausência de sinal na máquina, indicando que, ainda assim, o pagamento não havia se concretizado.

A vítima, então, desistiu de realizar a aposta e deixou o

local.

Enquanto caminhava de volta para casa, Iranete ouviu a conversa de transeuntes sobre um golpe sofrido, em circunstâncias semelhantes às que acabara de vivenciar com os denunciados e suspeitou que também fora enganada.

Assim, rapidamente acessou a sua conta bancária e constatou a realização de duas operações indevidas, nos valores de R\$ 20,00 e R\$ 499,00, feitas pelos denunciados.

Diante disso, a vítima acionou a Polícia Militar, informando as características dos denunciados e o local onde se encontravam.

Os denunciados, ao notar a presença policial, tentaram evadir-se a pé, todavia foram encontrados, pouco depois, dentro de um bar situado nas imediações na companhia de outros indivíduos.

Em revista, com Cleyton foram localizadas bolinhas e tampinhas utilizadas no jogo.

Tanto Cleyton, como Inara, ao serem indagados pelos policiais, confirmaram, informalmente, o seu envolvimento com a prática de ilícitos.

No banheiro do bar, os policiais localizaram uma sacola plástica, contendo dois celulares, quatro máquinas de cartão de crédito e diversos comprovantes de transações bancárias realizadas naquela data e em datas próximas, sendo um deles referente às transações indevidas na conta da vítima Iranete.

A materialidade do crime de estelionato ficou evidenciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 11/12), boletim de ocorrência (fls. 72/82), auto de exibição, apreensão (fls. 48/51), auto de reconhecimento de pessoa positivo (fls. 28, 29 e 30), bem como pela prova oral produzida.

A autoria, do mesmo modo, é incontroversa.

O réu e a sua comparsa permaneceram em silêncio na fase inquisitiva (fls. 32 e 33).

Em Juízo, Cleyton negou a prática do crime. Disse que trabalhava de garçom e estava no local apenas observando o jogo, inclusive já tinha perdido dinheiro.

A negativa do acusado não convenceu, tendo sido infirmada pelos depoimentos das testemunhas.

A ré Inara, por sua vez, confessou a prática do crime. Disse saber que se tratava de um golpe e que Cleyton fazia parte, mas não sabia a função dele. Revelou que a sua tarefa era só atrair as pessoas para o jogo, pelo qual receberia metade do que a vítima apostasse. Por fim, contou que nenhuma das pessoas que chamava para jogar ganhava o jogo da tampinha.

A vítima Iranete Francisca de Jesus da Silva, nas duas oportunidades em que foi ouvida, disse que andava pela via pública com sua filha quando foi abordada por pessoas na rua que estavam fazendo um jogo com uma bolinha escondida por tampinhas e a acusada Inara a convenceu a participar, pois já havia a chamou para dividir um prêmio anterior. Contou que tentou passar R\$ 20,00 com o cartão de crédito e na hora Cleyton falou que não conseguiu passar. Porém, depois que saiu de lá, viu no extrato o desconto de R\$ 499,00. Policiais a contataram dizendo que haviam detido os acusados e na Delegacia fez o reconhecimento do acusado. Por fim, revelou que era um terceiro indivíduo que ficava com as tampinhas e bolinhas e que a acusada já estava esperando para receber enquanto Cleyton passava o seu cartão na máquina, percebendo ser tudo combinado por eles.

O policial militar Johanns Ruan Damasceno da Fonseca, tanto na fase inquisitiva quanto judicial, narrou, em síntese, que já havia chamados anteriores sobre o golpe das tampinhas, mas como o fluxo de pessoas era muito grande, dificultava a averiguação. Contudo, em uma oportunidade, conseguiram identificá-los (por conta da descrição passada pelas vítimas) e detê-los dentro de um comércio. Encontraram na posse de Cleyton as tampinhas, bem como localizaram as maquininhas e os extratos das transações que tinham sido feitas de alguns dias. Por fim, revelou que o acusado admitiu a prática do delito, inclusive descrevendo com se dava a ação criminosa com a função de cada um.

A testemunha Bruno Borges Santana, também policial militar, embora ouvido apenas na Delegacia, prestou depoimento no mesmo sentido do seu parceiro, acrescentando que encontrando uma sacola plástica com quatro máquinas de cartão de crédito, onde havia diversos comprovantes de transações realizadas naquela data e em outros dias.

Assim, a prova exsurgiu cristalina de que o delito ocorreu e foi cometido pelo acusado, não havendo como afastar de sua conduta a

intenção de obtenção de vantagem indevida.

Frise-se, ainda, que não há qualquer discrepância entre os relatos prestados pelas testemunhas, todas foram coerentes em suas declarações, na fase policial e em juízo, tudo corroborado pela confissão da corré, formando uma boa e robusta prova incriminadora.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido:

“Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima” (Superior Tribunal de Justiça, Agravo no AREsp 865331/MG, Agravo Regimental em Recurso Especial, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma).

O conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o apelante praticou o crime de estelionato em comparsaria com a ré e, ao menos, mais um indivíduo não identificado, inclusive com nítido “modus operandi” e divisão de tarefas, pois, escolhiam vítimas mais vulneráveis, tudo sob premeditação, pois levavam consigo máquinas de cartões bancários e as deixavam no mesmo local para aplicação dos golpes bem como, a notória expertise, uma vez que simulavam as jogadas, inclusive com ganhadores fictos para chamar a atenção dos transeuntes, tudo compatível com a dinâmica dos fatos, não havendo como afastar de suas condutas a intenção de assenhoreamento dos bens.

Ademais, o magistrado a quo, pormenorizadamente, descreveu a empreitada criminoso, como se destaca:

“Resultou demonstrado que os réus obtiveram, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Iranete, induzindo e mantendo a vítima em erro, mediante artifício e ardil. Assim, diante do conjunto probatório colhido nos autos, inarredável a presença do elemento subjetivo do tipo de estelionato, pois não sobreveio prova idônea apta a infirmar a fraude empregada para obtenção da vantagem ilícita, tornando inequívoca a presença do dolo”.

Em suma, presentes elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de estelionato, não se verificando, no caso vertente, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386,

“caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, uma vez configurado os crimes descritos na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado, a materialidade delitiva e a autoria resultaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção coligidos ao longo da persecutio criminis.

Passo à análise das penas, que não merecem reparo.

Na primeira fase, o magistrado sentenciante, atento às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, fixou a pena base no mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes agravantes, foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa do réu (19 anos na data do crime, nascimento em 14.05.2004 - fl. 73), não surtindo efeitos na reprimenda, nos termos do enunciado da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, pois já estabelecida no mínimo legal.

Na etapa derradeira, ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena permaneceu inalterada, tornando-se definitiva nos termos anteriores.

O valor unitário do dia-multa foi acertadamente estabelecido no patamar mínimo diante das condições financeira do apelante.

Adequada a imposição do regime aberto, em decorrência de sua primariedade.

Presentes os requisitos legais, a pena privativa de liberdade foi substituída por apenas uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, ante a primariedade e a quantidade da reprimenda, nos exatos termos do artigo 44, do Código Penal, inexistindo qualquer inconformismo nesse ponto.

Por fim, o pedido de restituição do aparelho celular já foi atendido em primeiro grau, como se vê no termo de audiência: “*Outrossim, não havendo mais interesse para o processo, fica autorizada a restituição, aos legítimos proprietários [...] de telefones celulares e das máquinas de cartão apreendidas às fls. 50/51, mediante apresentação da documentação comprobatória da propriedade diretamente à Autoridade Policial*” (fl. 333), não merecendo mais delongas.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITO A PRELIMINAR e NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR