



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000361577

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507792-19.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ODAIR HENRIQUE DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, deram parcial provimento ao recurso interposto em favor de Odair Henrique dos Santos, para reconhecer o privilégio do parágrafo 1º, do artigo 171, do Código Penal, e reduzir a pena em 01 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por 01 (uma) restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, mantendo-se, no mais, a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1507792-19.2022.8.26.0564 – Comarca de São Bernardo do Campo – 1ª Vara Criminal
Apelante: Odair Henrique dos Santos
Apelado: Ministério Público
TJSP – 12ª Câmara Criminal
VOTO Nº 51.326

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO (Artigo 171, do Código Penal) – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO INOCORRÊNCIA – COMPROVAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA - Restando evidente que a agente tinha a intenção de obter, para si, vantagem patrimonial indevida, não há que se falar em absolvição. Pena-base no mínimo legal – VIABILIDADE – Culpabilidade que não excede o tipo. Aplicação do privilégio – ADMISSIBILIDADE – Redução da pena na fração de 1/3 (um terço). Manutenção do regime aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por 01 (uma) restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Recurso parcialmente provido.

VISTOS.

1 – Trata-se de apelação interposta pela r. Defesa de Odair Henrique dos Santos, contra a r. Sentença datada de 18

de novembro de 2024, prolatada pela MM^a. Juíza da 1^a Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que o condenou as penas de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por 01 (uma) restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena substituída, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, como incurso nas penas do artigo 171, do Código Penal (fls.238/245).

A r. Defesa do Apelante requer a absolvição diante da insuficiência de provas, conforme dispõe o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do privilégio (fls.260/264).

Apresentadas as contrarrazões (fls.270/275), sobreveio o r. Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo improvimento do recurso (fls.289/293).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Consta da denúncia que, no dia 04 de abril 2022, na Rua Professor Norberto Denzin, nº 69, Bairro Centro, em São Bernardo do Campo, o Apelante obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima João Carlos Benavides Alvares, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante o artifício, o ardil e fraude, a seguir narrado.

É dos autos que, o recorrente decidiu obter para ele, vantagem econômica indevida, induzindo e mantendo em erro o ofendido para tanto.

Desse modo, em circunstâncias ainda não

perfeitamente esclarecidas, o réu promoveu a criação de uma página na internet falsa, que replicava a página verdadeira da loja de departamentos “Magazine Luiza”.

Tal sítio, cuja criação foi promovida pelo Apelante, oferecia as vítimas a compra de produtos diversos, e encaminhava aos ofendidos boletos falsos, que destinariam o dinheiro pago pelos padecentes ao próprio imputado.

A transação fraudulenta acima mencionada não possuía nenhuma relação com a empresa de departamentos já mencionada, e o imputado, obviamente, jamais pretendeu entregar qualquer tipo de mercadoria que as vítimas buscavam comprar em sua página falsificada.

Assim, no dia já descrito na peça vestibular, a vítima entrou neste site falso, cuja criação foi promovida pelo imputado, supostamente pertencente ao estabelecimento comercial Magazine Luiza, e visualizou um gabinete de banheiro no valor de R\$ 214,92 (duzentos e catorze reais). A vítima se interessou pelo produto e decidiu realizar a compra.

Em seguida, foi gerado um falso boleto, o qual não foi emitido pelo estabelecimento comercial citado, tendo como beneficiário o Apelante.

É dos autos que a vítima realizou uma transferência por meio de PIX ao réu (fls.06/07).

No dia seguinte, a vítima notou não ter recebido o correlato e-mail, razão pela qual entrou em contato com a loja Magazine Luiza, a qual afirmou que não havia nenhum registro de compra em seu nome, percebendo, nesse instante, ter caído em um

golpe. A vítima manifestou o seu interesse na apuração dos fatos (fl.10).

A denúncia foi oferecida e recebida em 24 de janeiro de 2023 (fls.01/03 e fls.96/97, respectivamente).

O recorrente foi citado e ofereceu resposta à acusação (fl.124).

A r. Sentença foi publicada em 22 de novembro de 2024 (fl.246), e transitou em julgado para o Ministério Público em 02 de dezembro de 2024 (fl.267).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls.07/08); documentos (fls.71/76), e pela prova oral produzida em Juízo.

A autoria é inconteste.

O Apelante não compareceu para ser interrogado, motivo pelo qual foi decretada sua revelia.

A vítima João Carlos Benavides Alvarez, ouvido em Juízo, afirmou que precisava comprar um gabinete de pia e, pesquisando na internet, achou um vendedor que se identificava como parceiro da empresa Magalu. Havia a propositura de uma forma de pagamento, que não se recorda qual era, provavelmente PIX, em que o pagamento à vista teria um desconto. Achou interessante o valor e fez a compra. Contudo, não recebeu a encomenda. Ligou na Magalu e não encontraram o vendedor parceiro. Como tinha uma pessoa identificada no pagamento, decidiu fazer um Boletim de Ocorrência. Foi verificado que a conta destino do valor pertencia ao recorrente. Ficou sem o dinheiro e sem a mercadoria. Nunca falou com o réu.

O Delegado de Polícia, Dr. Alberto José

Mesquita Alves, ouvido em Juízo, afirmou que foi registrado um boletim de ocorrência relacionado a um golpe em que a vítima João Carlos Benavides Álvares acreditava estar comprando um produto no site da Magazine Luiza, mas acabou sendo enganada por um site falso. A vítima registrou a ocorrência via delegacia eletrônica e mencionou que, ao realizar uma pesquisa no site do Mercado Pago, identificou o destinatário da transferência, um indivíduo chamado ODAIR. O valor da transação foi de aproximadamente R\$ 200,00 e a vítima pensava estar comprando um móvel de cozinha. Informou que, após o registro, instaurou-se o inquérito policial para apurar os fatos e foi confirmado que o valor realmente foi creditado na conta de ODAIR. Entretanto, inicialmente, não foi possível localizar o Apelante, pois, segundo informações de familiares, ele seria morador de rua e não possuía endereço fixo. O inquérito policial foi relatado dessa forma. Ressaltou que não teve contato direto com o réu em nenhum momento. A vítima apresentou o comprovante de pagamento, uma transferência realizada pelo Mercado Pago. A investigação indicou que o Apelante teria criado uma página falsa na internet, replicando a página verdadeira da loja Magazine Luiza, por meio da qual ofereceu um produto. Após a vítima demonstrar interesse, o recorrente gerou um falso boleto, cujo pagamento foi creditado em sua conta, sem que o produto fosse entregue à vítima. Como foi constatado que o réu estava em condição de rua, não foi possível determinar se ele próprio utilizou seus dados para abrir a conta e receber o dinheiro ou se foi usado por terceiros para a fraude em questão. A investigação, junto ao Mercado Pago, confirmou que a conta foi aberta em seu nome, sendo necessária a apresentação de documentos pessoais com foto, o que indicou a identidade do réu. No entanto, não

ficou claro se o Apelante abriu a conta de forma consciente e envolvido no golpe ou se foi manipulado por outra pessoa que se aproveitou de seus dados.

Assim vista a prova, conclui-se que a condenação era mesmo de rigor.

A vítima descreveu como foi vítima do golpe, pois acessou um site com as mesmas características da empresa Magazine Luiza, e lá adquiriu um produto. Como não recebeu mais nenhuma informação entrou em contato com o suporte da referida empresa e tomou conhecimento de que não havia nenhuma compra em seu nome.

A declarações do ofendido foram corroboradas pela testemunha, demonstrando que o Apelante agiu com o dolo próprio da espécie, qual seja, a vontade livre e consciente de obter vantagem indevida em detrimento de terceiro.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que para a caracterização do ilícito penal, *nomen iuris*, estelionato, o dolo de fraudar deve ser anterior à prática da conduta delitiva:

“Em se tratando de crime de estelionato, o dolo de obtenção de vantagem, mediante indução ou manutenção da vítima em erro, deve ser inicial. O intento lesivo deve coexistir com o início da execução, não se caracterizando o delito do art. 171 do Código Penal quando, como no caso concreto, a teórica intenção lesiva tenha nascido a posteriori, na busca de proveito indevido antes não visado, situação que se caracterizaria como mero inadimplemento

contratual. (...)” (HC 87.441/PE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 12/3/2009).

Dessa forma, quando se tratar de estelionato: o ardid, o artifício fraudulento deve ser antecedente ao aproveitamento econômico, como bem obtemperou o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, como relator no RHC N. 80411-ES: *"Com efeito, tanto a denúncia - como deixou claro a sentença de primeiro grau - quanto o acórdão condenatório, na montagem da versão de fato, fizeram completa abstração de um dado elementar da figura típica do estelionato: que a fraude há de ser antecedente e causal do erro ou da persistência do erro do lesado e da conseqüente disposição patrimonial em favor do agente ou de terceiro."* (RHC 80.411, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 2/3/2001).

O elemento subjetivo geral do crime de estelionato é o dolo, que deve ser anterior ao emprego do meio fraudulento.

Pela prova produzida, restou comprovado que o *modus operandi* utilizado pelo Apelante se amolda ao crime de estelionato previsto no artigo 171, do Código Penal, na medida em que obteve para si vantagem ilícita no importe de R\$ 193,43 (cento e noventa e três reais e quarenta e três centavos), induzindo e mantendo a vítima em erro, mediante meio fraudulento, consistente na fraude ao

replicar a página de uma conhecida loja varejista – Magazine Luiza.

Não se infere dos autos qualquer prova de que a vítima e demais testemunha tivesse qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando situação inexistente e incriminando um inocente. Não havendo qualquer motivo para se desconfiar de suas palavras.

A conduta do Apelante configurara o crime de estelionato. Destarte, verifica-se a demonstração de que o Apelante obteve para si vantagem ilícita, induzindo a vítima a erro, mediante artifício e ardil, configurando o crime de estelionato, tipificado no artigo 171, do Código Penal.

Apesar do esforço da digna Defesa, vê-se que o conjunto probatório deixou fora de dúvidas de que o Apelante praticou o crime de estelionato, conforme a narrativa acusatória, o que afasta a possibilidade de absolvição por insuficiência probatória. Os elementos probatórios trazidos aos autos são mais que suficientes para incutir no Julgador o juízo de certeza necessário à condenação.

Evidencia-se, nessa medida, a autoria delitiva, bem como o *animus* do agente, sendo de rigor a manutenção do édito condenatório.

Do reconhecimento do estelionato privilegiado

Em detida análise dos autos, viável dar guarida ao pedido de aplicação do estelionato privilegiado, previsto no artigo 171, parágrafo 1º, do Código Penal.

Tal instituto preconiza a possibilidade de substituição ou diminuição de pena quando se tratar de réu primário e o prejuízo de pequeno valor.

A propósito, sobre o estelionato privilegiado, doutrina Cláudio Heleno Fragoso:

“Aplica-se ao estelionato a disposição contida § 2.º do art. 155, isto é, se for primário o agente e pequeno o valor do prejuízo, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção; reduzi-la de um a dois terços, ou aplicar apenas a multa. Já aqui se alude a prejuízo, e não valor (como no furto), de modo que será necessário atender ao efetivo montante do dano sofrido pela vítima. O pequeno valor, aqui também, é o que não alcança a um salário mínimo (Julgados do TACSP, 25/3, 358)” (in Lições de Direito Penal - Parte Especial, 8.ª ed. rev. e atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro, Forense, 1986, vol. I, p. 393).

No mesmo sentido ensina Guilherme de Souza Nucci:

“Estelionato privilegiado: como no caso do furto e da apropriação indébita, é possível haver substituição ou diminuição da pena (art. 155, § 2.º). Exige-se primariedade para o réu (não ser reincidente - art. 63, CP), embora não se fale antecedentes. Portanto, somos da opinião de que o juiz, para aplicar este benefício não exige bons antecedentes. (...) diferentemente do que ocorre com o furto, neste caso não se refere o tipo penal ao pequeno valor da coisa, e sim à perda sofrida pela vítima. Essa perda, segundo entendimento que tem predominado, não pode ser superior a um salário mínimo”. (in

Código penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 564).

Nesse norte:

“PENAL - ESTELIONATO PRIVILEGIADO - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS - AGENTE QUE UTILIZA CHEQUE FURTADO TENDO CIÊNCIA PRÉVIA DA ORIGEM ILÍCITA - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO CONFIGURADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO PRIVILEGIADO - CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - ADEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Pratica estelionato o agente que, cômico da origem espúria da cártula, induz a vítima no erro de descontá-la, obtendo vantagem indevida. Sendo o réu *primário*, e de pequena monta o prejuízo sofrido pela vítima, impõe-se o reconhecimento do estelionato privilegiado”. (Apelação Criminal n. 2006.047469-8, de Catanduvras, rel. Des. Amaral e Silva, j. 17.04.2007).

Ainda:

“Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO MAJORADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E ATIPICIDADE DA CONDUTA IMPROCEDENTE. DOSIMETRIA. ESTELIONATO PRIVILEGIADO RECONHECIDO. REDUÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Para a configuração do crime de estelionato, previsto no art. 171, caput, do

Código Penal, faz-se necessário que o réu empregue artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, induzindo ou mantendo a vítima em erro, a fim de obter vantagem patrimonial ilícita para si ou para outrem.

2. Não há falar em absolvição, por ausência de provas ou por atipicidade da conduta, quando devidamente comprovado que o réu agiu com dolo de induzir a vítima em erro, mediante artifício ou ardil, a fim de obter para si vantagem ilícita. O réu causou lesão patrimonial à vítima, no valor de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), ao se passar por despachante, prometendo que iria realizar a transferência do veículo em nome da filha da vítima.

3. Preenchidos os requisitos do art. 171, § 1º, do Código Penal (primariedade e pequeno valor do prejuízo), impõe-se o reconhecimento do estelionato privilegiado, aplicando-se o disposto no art. 155, § 2º, do Código Penal.

4. Em relação ao estelionato privilegiado, reduz-se a pena no patamar mínimo de 1/3 (um terço), diante da análise da reprovabilidade da conduta do acusado, que deve ser aferida pelo valor da vantagem patrimonial e pelas circunstâncias do caso.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido”.

(TJ-DF 0712796-94.2020.8.07.0006 1786165, Relator: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/11/2023, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: 28/11/2023).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO ESTELIONATO PRIVILEGIADO – ACOLHIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. I – É cabível o reconhecimento do estelionato privilegiado na seguinte hipótese "Se o

criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º." (art. 171, § 1º, do Código Penal). II – Possível a aplicação de restritivas de direitos quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. III – Contra o parecer, recurso provido". (TJ-MS - APR: 00085618120168120021 MS 0008561-81.2016.8.12.0021, Relator: Des. Emerson Cafure, Data de Julgamento: 01/03/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/03/2021).

In casu, verifica-se, segundo consta dos autos, que o prejuízo experimentado pela vítima, à época, foi de R\$ 193,43, ou seja, inferior ao salário mínimo, vigente na data dos fatos (R\$ 1.212,00), que, como é cediço tem sido tomado como parâmetro valorativo de determinação da expressão "pequeno valor".

Por outro lado, é de ver-se que o Apelante ainda é primário.

Assim, verifico que o recorrente preenche os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para fazer *jus* ao disposto no artigo 171, parágrafo 1º, do Diploma Penal, o que torna imperativa na espécie a concessão do aludido benefício legal.

Consigno que, o Julgador não está obrigado a fundamentar expressamente suas conclusões a respeito de cada argumento levantado em separado, ou mesmo de questão nem sequer levantada nas razões de recurso, mas tão-somente apontar logicamente aqueles em que baseou seu íntimo convencimento acerca da matéria.

Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." (RJTJESP 115/207).

A propósito:

"4.2. "[...]" Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019).

DA DOSIMETRIA DA PENA

A pena foi fixada sob os seguintes fundamentos (fls.243/245):

“Na primeira fase da dosimetria, analisando a certidão de fl.113, observo que o réu é primário e não possui maus antecedentes. No entanto, há de se considerar que para o ludíbrio da vítima foi necessário a preparação de um aparato técnico sofisticado que a iludiu (foi necessário a confecção de um site falso e até mesmo a abertura de conta junto ao Mercado Pago) fazendo-a acreditar que se

tratasse de site confiável de grande loja atuante no mercado de e-commerce. Assim, para a necessária e suficiente reprovação e prevenção do delito, fixo a pena base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias multa.

Na segunda fase da dosimetria, não constam circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas.

Na terceira fase, observo que não constam causas de aumento ou diminuição.

Torno, assim, as penas definitivas, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição que as modifiquem.

Considerando a primariedade do acusado, as circunstâncias do delito e que não houve violência ou grave ameaça contra a pessoa, nos termos dos arts. 44 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena substituída e mais uma pena pecuniária que ora fixo em 10 (dez) dias-multa, que há de se somar a anteriormente aplicada.

Caso a pena privativa de liberdade tenha que ser executada, deverá se iniciar no regime aberto.

Por todo o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia para condenar ODAIR HENRIQUE DOS SANTOS, RG nº 52720904, pela prática do crime previsto no artigo 171, c/c o art. 29, "caput", ambos do Código Penal, a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em regime aberto, sendo que a pena privativa de liberdade FICA SUBSTITUÍDA pela a prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 1 (um) ano e 6 (seis)

meses, mais uma

pena pecuniária que ora fixo em 10 (dez) dias multa, que somada a anteriormente aplicada totaliza 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Os serviços serão fixados e fiscalizados pelo Juízo da Execução Criminal.

Fixo a unidade da pena pecuniária em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, valor que deverá ser corrigido desde o crime, quando da execução”.

A pena merece reparo. Senão vejamos.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 1/2 (metade) acima do mínimo legal, diante da reprovabilidade da conduta, ou seja, diante da criação de um *site* falso, bem como a abertura de uma conta junto ao Mercado Pago, o que demonstra um aparato técnico e sofisticado.

A r. Defesa requer a fixação da pena-base no mínimo legal.

Razão não lhe assiste. Senão vejamos.

Nos termos do artigo 59, do Código Penal, a fixação da pena-base deve considerar as circunstâncias judiciais do caso concreto, incluindo a culpabilidade do agente. No entanto, a majoração da pena somente se justifica quando há elementos que efetivamente demonstrem maior reprovabilidade da conduta em relação ao padrão esperado para o tipo penal.

No caso do crime em comento, verifico que o golpe consistiu em ludibriar a vítima, anunciando em página de internet oferta de produto fictício, já predeterminado a não o entregar, ludibriando e obtendo, em consequência, vantagem ilícita, pois recebeu

o pagamento da mercadoria e o produto não fora entregue ao consumidor.

O dolo do Apelante é certo e se demonstra pelo fato de não atender aos contatos da vítima, bem como em razão de até o presente momento não ter demonstrado interesse em ressarcir o ofendido, evidenciando que se tratava de um golpe.

A culpabilidade, na individualização da pena, compreende juízo de reprovabilidade da conduta -- maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.

No caso a circunstância judicial da culpabilidade foi avaliada de forma negativa ao fundamento de que o réu: *“para o ludibrio da vítima foi necessário a preparação de um aparato técnico sofisticado que a iludiu (foi necessário a confecção de um site falso e até mesmo a abertura de conta junto ao Mercado Pago) fazendo-a acreditar que se tratasse de site confiável de grande loja atuante no mercado de e-commerce”* – fl.243.

Nesse sentido:

“A culpabilidade deve ser analisada levando-se em conta os dados concretos que demonstrem a necessidade de um juízo de reprovação superior àquele inerente ao tipo penal” (Acórdão n.1008402, 20150110905112APR, Relator Des. Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, j. 30.03.2017, DJE: 07.04.2017. Pág.: 126/152).

Portanto, a análise desfavorável da culpabilidade deve ser mantida, uma vez que se encontra fundamentada em elementos concretos dos autos, que evidenciam de forma clara a

necessidade de maior censura da conduta criminosa.

Dessa forma, a pena-base deve ser mantida no mínimo legal, respeitando os princípios da proporcionalidade e individualização da pena, o que perfaz em 01 (um) ano, 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na segunda fase, diante da ausência de agravantes e/ou atenuantes, a pena permanece fixada em 01 (um) ano, 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na terceira e última fase, reconhecido o instituto do privilégio, entendo que, no presente caso, a redução na fração de 1/3 (um terço) atende ao princípio da suficiência, tendo em vista que o valor não foi recuperado, motivo pelo qual a aplicação isolada de multa pode transmitir à sociedade a ideia de impunidade ou de que o estelionato é um crime sem consequências graves, o que não é o caso.

Portanto, reduzo a pena na fração de 1/3 (um terço), o que perfaz a pena em 01 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Mantenho o regime inicial aberto.

Nos termos do que dispõe o artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 01 (uma) restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período da pena privativa de liberdade imposta, a critério do Juízo da Execução, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal.

3 - Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto em favor de Odair Henrique dos Santos, para reconhecer o privilégio do parágrafo 1º, do artigo 171, do Código Penal, e reduzir a pena em 01 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por 01 (uma) restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados no mínimo legal, mantendo-se, no mais, a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI

RELATOR