



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000373703

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509335-43.2022.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes NELSON SOARES DIAS e RODRIGO SANDI GONÇALVES MACEDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO aos apelos defensivos, em sua parte conhecida, mantendo-se a r. sentença impugnada por seus termos e fundamentos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 10 de abril de 2025

ALCIDES MALOSSI JUNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Criminal nº 1509335-43.2022.8.26.0019.

Apelante: NELSON SOARES DIAS (Advogado, Leandro Rittis de Souza) e **RODRIGO SANDI GONÇALVES MACEDO** (Advogado, Paulo Henrique Pesce).

Apelado: Ministério Público de São Paulo.

Sentença: Juiz de Direito, Eugênio Augusto Clementi Junior — 2ª Vara Criminal.

Comarca: Americana.

VOTO nº 31.337.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. FRAUDE MAJORADA TENTADA. CONDENAÇÃO. APELOS DE AMBOS OS RÉUS.

Teses absolutórias relativas a crime impossível, à atipicidade derivada da ausência de dolo e da ausência de prejuízo alheio, ao princípio do *in dubio pro reo* e, por derradeiro, à desistência voluntária. De maneira subsidiária, pede-se a atenuação penal pela incidência da atenuante relativa à confissão espontânea e, no caso de **NELSON**, à condição de idoso; ao abrandamento do regime à forma do aberto; a substituição da pena corporal nos moldes do art. 44 do CP; e o recurso em liberdade.

Mérito. Provas. Materialidade. Com a apreensão de falso bilhete 'premiado' de loteria e as provas orais, vê-se bem amparada a comprovação da própria existência do crime. Autoria certa. Provas orais. Relato da vítima, com alto prestígio em crimes patrimoniais. Admissão dos **réus** como presenciais ao epicentro dos fatos. Inviabilidade do princípio

do *in dubio pro reo*. – Crime impossível. Descabimento. Ardil hábil ao exaurimento do delito. A consumação não se operou só por falha na primeira tentativa de saque pela vítima. Ausência de indicativos de que os **réus**, que levaram à vítima a rumar à agência bancária, deixaram de prosseguir na escala *iter criminis*. – Tipicidade. Dolo direto comprovado à própria objetividade do fato. Teor das provas que o atesta. Desnecessidade de dolo específico. – Dano à vítima. Inexistência. Ponto inerente apenas à forma tentada. Fator irrelevante a quanto se refira ao aperfeiçoamento do crime. Exige-se vantagem ilícita visada, não necessariamente prejuízo efetivo no delito de estelionato, apesar da topografia normativa. **Condenação mantida.**

Dosimetria. Segunda fase. Atenuante da confissão espontânea. Pleito que, excepcionalmente, não se acolhe, já que a versão dos **acusados**, inclinada a persuadir a Justiça da desistência voluntária, não integrou a formação do convencimento judicial. Súmula 545 do C. STJ. Fator etário de **NELSON**. Irrelevância ao cálculo dosimétrico. Regime semiaberto. Coerência ante a maior gravidade do delito, praticado contra vítima idosa, a perspectiva de ganho e a condição de reincidente dos **réus**. Substituição da pena corporal. Inviabilidade. Reincidência como um óbice legal. Art. 44, II, do CP. Ante a notícia de outras possíveis fraudes, há o risco de recidiva, tornando-se pouco aconselhável a benesse. Recurso em liberdade. Medida já concedida no piso. Pleito não conhecido, à míngua de interesse recursal, à luz da lógica da sucumbência. **Pleitos afastados na parte conhecida.**

Negado provimento aos apelos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VISTO.

Cuida-se, aqui, de **Apelações** contra a r. sentença condenatória, proferida nos autos da ação penal acima referenciada (publicada na data de **05.09.2023** – fls. 385).

A denúncia oferecida (recebida em **14.10.2022** – fls. 151/153) imputou aos réus **NELSON SOARES DIAS** e **RODRIGO SANDI GONÇALVES MACEDO** a prática de crime previsto no artigo 171, § 4º, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, na modalidade do artigo 29, caput, todos do Código Penal (estelionato majorado, na forma tentada) (fls. 142/144). De acordo com a prefacial, em **03.10.2022**, na Rua Trinta de Julho, nas cercanias da Igreja Matriz, centro, cidade e Comarca de Americana, os réus, agindo em consórcio volitivo e com unidade de desígnios, tentaram obter, para proveito comum, vantagem ilícita, em desfavor da vítima **Santo Rodrigues da Silva**, de 73 anos de idade (nascimento em **29.03.1949** – fls. 08), induzindo-a e mantendo-a em erro, mediante expediente fraudulento, só não se consumando o delito por razões alheias

à vontade dos agentes. Narra a zelosa Promotoria oficiante que os **réus** se articularam para aplicar o assim chamado “golpe do bilhete premiado”. Na dinâmica delitiva, aos **réus** se atribuíram diferentes tarefas: **RODRIGO** posicionou-se em via pública e passou a gesticular freneticamente, simulando um sério mal-estar. **Santo** passava pelo local e, compadecendo-se do referido **acusado**, ofereceu-lhe socorro. Dando seguimento à fraude, **RODRIGO**, então, afirmou ter supostamente sido contemplado com um prêmio de loteria, pretextando, no entanto, muito receio em sacar sozinho o prêmio. Como parte do engodo, **NELSON** aproximou-se logo em seguida em prol da maior credibilidade da cena, predispondo-se também a ajudar o suposto ganhador. Sempre em conluio, **RODRIGO**, então, simulou gratidão e prometeu aos dois benfeitores uma recompensa de 10% do valor do prêmio, condicionando-o apenas à entrega de “uma garantia”. Ludibriada, a vítima **Santo** ofereceu R\$ 1.000,00, os quais foram aceitos pelo falso ganhador. Ela tentou, sem êxito, efetuar o saque no caixa eletrônico. Os **acusados**, então, instruíram-na a contatar o gerente do banco, o que a fez retornar à agência. Ocorre que, dias antes, o mesmo golpe havia sido praticado (fls. 24/26). Por isso, diligências na área eram empreendidas pela Guarda Civil Municipal, que, em patrulhamento, identificou o veículo dos **réus** à conta das

características descritas na ocorrência anterior (um GM Astra, de placas AMC2J54, conforme se apuraria mais tarde – fls. 08/10). Quando deixava o banco, a vítima foi abordada, então, pelos guardas, que se deram conta do crime em curso. Assim, os **réus** foram surpreendidos e, por fim, autuados em flagrante (fls. 02), o que deu azo à persecução penal.

Provas: auto de exibição e apreensão de celulares e do falso bilhete de loteria (fls. 13); além das oitivas, arroladas pelas partes, da vítima Santo Rodrigues da Silva e das testemunhas Wilson Junior Rodrigues, Diego Beraldo, Carla Regina de Figueiredo, Simone Cristina Bertanha e Vinícius Lourenço da Cruz Targino, além do próprio interrogatório dos **réus** (fls. 260/261, fls. 352).

Regularmente tramitada, a ação penal foi julgada **procedente**, e os **réus**, **condenados** igualmente às penas de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, sem benesses penais, franqueado, porém, o recurso em liberdade (fls. 353/381). Trânsito em julgado certificado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

à Acusação em **15.09.2023** (fls. 475). Inconformados, apelaram os **acusados**. **RODRIGO** visa à absolvição pela tese de crime impossível, à conta de suposta inidoneidade absoluta do meio, também sustentando atipicidade delitiva por ausência de dolo específico, incidindo, por fim, o princípio do *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, pugna pela atenuação das penas, por reconhecimento da confissão espontânea, e do regime, com substituição da pena corporal e concessão do recurso em liberdade (fls. 407/419). Por sua vez, **NELSON** reitera a tese defensiva de crime impossível, acrescentando a de desistência voluntária. Urge à absolvição também por falta de prejuízo alheio, *in casu*, à vítima Santo. Por último, pugna pela redução penal decorrente da atenuante acima citada e do fator etário (réu tecnicamente idoso, eis que nascido na data de **15.01.1952** – fls. 08), com reconhecimento da forma tentada, atenuação de regime, substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fls. 440/457).

Contrarrazões pelo não provimento dos apelos (fls. 463/474), com parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido (fls. 489/497).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

Os recursos, na parte conhecida, não comportam provimento.

Recursos de ambos os réus que, sem preliminares formalmente lançadas, impugnaram o mérito e a dosimetria, como especificado em relatório.

De proêmio, deve-se alertar que o recurso do **corréu RODRIGO**, conquanto avenge a tese jurídica do crime impossível em caráter preliminar, o tópico alude ao próprio mérito, assim restando analisado. **Não** houve outros tópicos inferentes à disciplina das nulidades.

Reexame de caderno probatório que indica a inviabilidade do princípio do *in dubio pro reo* na espécie. Materialidade e autoria estão bem demonstradas nos autos,

afinal. A primeira escora-se nas próprias peças de instrução. Ao revés do alegado no apelo de **NELSON**, ainda houve a apreensão do **falso bilhete premiado de loteria** (fls. 13), o que confere consubstanciação material ao delito, cuja existência, devidamente comprovada, atestam os depoimentos colhidos em juízo, **incluindo-se até os interrogatórios dos próprios réus.**

A autoria é certa, enfim. **RODRIGO** e **NELSON**, conquanto convergentes a uma mesma versão obtemperada do fato, haviam sido autuados em flagrante (ponto processual sintomático, em princípio, da prática de crime, por conta do fator do *fumus commissi delicti*), **admitiram-se ambos presenciais ao epicentro dos fatos**. À semelhança, ainda, do observado na fase inquisitiva, a vítima Santo **reconheceu-os na judicial**, de forma segura, o que adere à órbita de razões pela condenação, prestigiada que se toma a palavra da vítima em crimes **classificados como patrimoniais** em nossa Lei Penal. E à exceção das testemunhas de defesa Simone e Vinícius, que se limitaram a relatos abonadores no plano da conduta social, as demais declarações então produzidas sob o pálio do contraditório **apenas reforçam a identificação assertiva dos**

réus e a dinâmica da fraude, que, na espécie, não se consumou.

A vítima Santo é perfeitamente clara, ao descrever a dinâmica da persuasão quanto ao apontado “golpe do bilhete de loteria”. Em suas declarações, que, em juízo, foram reverberadas, também neste ponto, por três guardas civis municipais – Wilson, Carla, Diego – a parte ofendida descreveu que, no torvelinho do arдил, ela deveria antecipar ao suposto ganhador RODRIGO um percentil EM DINHEIRO para que recebesse a suposta “recompensa” por auxiliá-lo no que sequencialmente teria sido o resgate do prêmio. A vítima foi específica, quando destacou que os **acusados**, ao fracasso de uma tentativa inicial de saque de dinheiro, a persuadiram a rumar à agência bancária e falar com o gerente com vistas à consecução do resultado prático visado pela dupla.

Importante salientar, nesse passo, que, malgrado a topografia normativa, não há amparo legal à tese lançada nos recursos, no que diz respeito ao objetivo material da fraude, como **necessariamente circunscrito a efetivas**

vantagens patrimoniais. A letra legal prescreve que se caracteriza o estelionato pela **ilicitude** da vantagem, que **não necessariamente** deva ser patrimonial ou efetiva, conquanto, no presente caso, **ela obviamente o seja!** O ofendido havia sido persuadido na estrutura do engodo, que contou com a execução de tarefas diferentes pela dupla de **acusados** na “cena do bilhete premiado”, **a realizar uma tentativa de saque bancário, seguida de uma ida ao banco**, o que torna induidoso o enquadramento de suas condutas delitivas à figura do artigo 171 do Código Penal, *in casu*, **também no § 4º pela condição IDOSA da vítima.**

O fato de **não** ter havido **prejuízo alheio**, em detrimento de Santo, **não** diz respeito à configuração delitiva. Refere-se, unicamente, à **escala iter criminis**, vez que a falta de obtenção da vantagem simplesmente caracteriza a figura de crime **TENTADO**, presentes, no mais, as elementares típicas, como o escopo de proveito próprio ou de terceiro e o emprego de estratégia que induz a vítima em erro.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A esse respeito, já se posicionou o C.
Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PATRIMONIAL NÃO COMPROVADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O habeas corpus não se presta para apreciar afirmações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedente. 3. **A configuração do crime de estelionato demanda a presença de todos os elementos normativos do tipo, quais sejam, "obtenção de vantagem ilícita", "para si ou para outrem", "em prejuízo alheio", "induzindo ou mantendo alguém em erro", "mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento".** 4. Não há se falar em atipicidade da conduta, porquanto o paciente, mediante meio fraudulento, obteve vantagem ilícita de natureza patrimonial, sendo irrelevante o fato de a vítima ter posteriormente recuperado o bem e, assim, não ter suportado grande prejuízo. Forçoso destacar que embora o refrigerador tenha sido revendido pela vítima a preço de custo, o que serviu para minimizar o dano a ele causado, o bem foi devolvido após cerca de 20 (vinte) dias, tratando-se, pois, de crime consumado. 5. Ao contrário do alegado pela impetrante, o réu obteve vantagem ilícita, pois repassou o refrigerador para um credor, com intuito de quitar dívida de R\$ 700,00 (setecentos) reais, tendo avaliado o bem obtido mediante fraude em R\$ 1.000,00 (mil reais) e, ainda, recebido R\$ 300,00 (trezentos) reais "de troco". 6. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 336.559/MS, relator Ministro **Ribeiro Dantas**, Quinta Turma, julgado em 19/5/2016, DJe de 31/5/2016)

D'outra banda, tampouco prospera a tese do **crime impossível**. A não consumação do crime é tributária de uma falha técnica na tentativa de saque que a vítima, a princípio, efetuou, e, **logo na sequência**, pela intervenção precisa e oportuna dos guardas municipais Diego, Wilson e Carla, que **procederam à abordagem por identificarem a vítima Santo em direção à agência bancária, assim como o veículo usado**, um GM/Astra, reportado com as mesmas características e informações de marca e modelo em ocorrência **idêntica, anterior** à deste caso (fls. 24/26). Por certo, nada nos autos levaria à conclusão de que o ardil **não teria surtido persuasão sobre a vítima**, que, por mais de uma vez, buscou acesso a seu dinheiro. É fator objetivo, *ad nauseam* demonstrado nos autos com base nas declarações de Santo e das três testemunhas de acusação. A existência de um simulacro de bilhete premiado, devidamente apreendido (fls. 13), e a possível experiência dos **acusados** em fraudes similares, fator que justificara as diligências dos guardas em primeiro lugar, denotam a inviabilidade da tese defensiva, reiterada nos apelos, de **total ineficácia do meio**. O artifício diz respeito à

encenação especificamente, ou, de modo mais genérico, ao expediente de que lança mão o próprio fraudador para **ludibriar a vítima a uma ação material**, de qualquer forma (trata-se aqui, afinal, de crime de **FORMA LIVRE**), sempre **com vistas a atender à vantagem visada pelo agente**. Ele não diz respeito à falha do sistema eletrônico ou à intervenção de terceiros, portanto. À míngua de tais elementos, o crime teria sido consumado, o que **afasta** a hipótese do artigo 17 do Código Penal. De acordo com o repertório das Cortes Superiores, “*tem-se que "somente quando o objeto ou o meio forem absolutamente impróprios é que não se pune a conduta", [...] não sendo o caso "quando o documento exibido pelo réu era apto a iludir e prejudicar direitos. Desse modo, inviável a tese de crime impossível que só se caracteriza quando o meio empregado pelo agente for absolutamente ineficaz para a produção de resultado"* (AgRg no HC 557.776/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 16/08/2021)” (AgRg no AREsp n. 1.899.782/SP, relator Ministro **Olindo Menezes** (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 17/12/2021).

Nesse passo, portanto, também soçobra a tese de atipicidade formal por aludida ausência de dolo. Em se tratando de delito praticado de forma livre, e **não necessariamente circunscrito a efetiva vantagem patrimonial** (bastando que o seja ilícita), verifica-se que a insistência

dos **réus** em conduzir a vítima a uma agência bancária para saque de dinheiro reforça a voluntariedade da ação praticada. Assim, não há como se deduzir por conclusão outra senão o **reconhecimento do dolo direto** dos **réus**, até por se provar incoerente com a estrutura delitiva ou a própria dinâmica concreta uma modalidade culposa, não prevista em lei, ou, *tout court*, a atipicidade de conduta. Até nos interrogatórios, os **réus**, um tanto a contragosto, terminam desvelando o fulcro de obtenção de vantagem, **em claro escopo doloso**, vez que lhes era de seu conhecimento que o suporte material do crime, o bilhete “premiado”, não era autêntico.

Ainda nessa trilha de ideias, não haveria margem para se cogitar de desistência voluntária, que só é impunível para certas infrações, vez que o artigo 15 do Código Penal determina, em verdade, que respondam os agentes **apenas pelos atos já praticados**, os quais, em certas modalidades, **podem até ser equiparadas à plena consumação delitiva**, caso dos assim denominados “crimes de atentado”. Para a tese aqui apresentada, a “**ponte de ouro**”, prestigiosa expressão de Von Liszt, só teria lugar, como esclarece a doutrina, se voluntária, e não forçada,

como se viu na espécie, vez que a vítima sempre permaneceu convencida da autenticidade do artil e a consecução do crime, em sua etapa final (comparecimento a agência bancária), não produziu frutos porque tanto ela como os réus acabaram abordados por uma equipe da Guarda Civil Municipal, o que obstou o prosseguimento da fraude. E do observado, se a tentativa teria sido, em tese, imperfeita no ato material relativo ao primeiro saque, não completado – e não por vontade dos agentes, ao final e ao cabo, deixou de se exaurir o estelionato porque os guardas chegaram à vítima antes que ela pudesse adotar atos materiais para efetiva retirada, já tendo adentrado a agência bancária. Logo, da perspectiva dos **réus**, todos os atos necessários à produção do resultado prático visado já haviam sido adotados e o fracasso da empreitada é inteiramente consequencial de um fator alheio à vontade deles. Como bem pondera o ilustre lente Cezar Roberto Bittencourt: *“A desistência voluntária só é possível, em tese, na tentativa imperfeita, porquanto na perfeita o agente já esgotou toda a atividade executória, sendo difícil, portanto, interromper o seu curso”* (in: *Tratado de Direito Penal I*. São Paulo: Saraiva, 16ª ed., 2011, p. 475).

De rigor, pois, a condenação dos réus.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Com as vênias de estilo, recapitulam-se as penas fixadas na sentença (fls. 378/381): *“Os réus possuem condenações anteriores transitadas em julgado, sendo que uma delas (fls. 84/108 e fls. 109/123) deve ser considerada na dosimetria da pena para a fixação da pena-base, como mau antecedente. A prática reiterada de crimes, por eles, indica a má formação da personalidade, sempre voltada à prática de ilícitos criminais, antecedentes que impõem majoração da pena base como circunstância judicial. Exaspero, por isso, as penas-bases em 1/6 (um sexto), considerado o mínimo, delimitando-a em um ano e dois meses de reclusão e onze dias-multa, para cada réu. O entendimento da doutrina é pela possibilidade de utilização de condenações distintas para avaliar maus antecedentes e para a agravante da reincidência: “Cumpre precisar que na hipótese de diversas condenações definitivas, uma valerá para majorar a pena-base, como maus antecedentes, e a outra para respaldar o aumento da reincidência, sem qualquer ofensa ao princípio do non bis in idem.” (Flávio Augusto Monteiro de Barros, “Técnica de Aplicação da Pena”, ed. Oliveira Mendes - APAMAGIS – Associação Paulista de Magistrados, 1997, p.3). Não é diverso o entendimento da jurisprudência: STJ, SÚMULA N. 241 - A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES DIVERSAS UTILIZADAS PARA JUSTIFICAR OS MAUS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não reconhece bis in idem quando condenações distintas são utilizadas para avaliar negativamente a circunstância agravante da reincidência e a circunstância judicial relacionada aos antecedentes criminais. 3. (...). 5. Habeas corpus concedido de ofício para redimensionar a pena, nos termos do voto. (HC 528.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 25/03/2020). Na segunda fase, anoto que os réus são também reincidentes, circunstância agravante (artigo 61, I, do Código Penal), como comprovado pelas certidões de fls. 84/108 e fls. 109/123. Acrescento às penas-bases, portanto, 1/6 (um sexto), pela reincidência, perfazendo um total de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa. Verifico, ainda, a incidência da causa de aumento prevista no § 4º, do art. 171, do Código Penal, tendo em vista tratar-se a*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

vítima de pessoa idosa, que percebe aposentadoria e certamente teria dificuldades de recompor as perdas patrimoniais, motivo pelo qual aumento de metade a pena dos acusados, totalizando 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, e 18 (dezoito) dias-multa. Por fim, tendo em vista que o delito se deu na forma tentada, diminuo a pena de 1/3 (um terço), tendo em vista o iter criminis percorrido, que se aproximou sobremaneira da consumação, perfazendo assim um total de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa. À míngua de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, torno a pena definitiva. O dia-multa é fixado no piso. O regime inicial de cumprimento da pena é o semiaberto, em razão da reincidência dos réus. Os réus poderão apelar em liberdade, tendo em vista que respondem soltos ao presente processo. Os réus, por serem reincidentes, não fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou qualquer outro benefício, por lhe faltar o requisito da suficiência, ex vi legis. Apelação criminal. Furto. Reincidência. Furto privilegiado. Pena privativa de liberdade. Substituição. Penas restritivas de direitos. A reincidência específica faz inviável falar-se em furto privilegiado ou em substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. (TJSP; Apelação Criminal 1500146-79.2018.8.26.0569; Relator (a): Sérgio Mazina Martins; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itu - 1ª Vara Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 24/07/2020; Data de Registro: 24/07/2020). Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para condenar os réus NELSON SOARES DA SILVA e RODRIGO SANDI GONÇALVES MACEDO às penas de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 12 (doze) dias-multa, fixado no piso, cada um, como incursos no artigo 171, §4º, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal; bem como para condená-los no pagamento das custas processuais, que fixo em 100 UFESPs, nos termos da Lei Estadual nº 11.608/03. P. I. C.”.

Dimensionamento inteiramente correto, pelo que **AFASTO** os pleitos subsidiários.

Na primeira fase, em atenção ao dever de motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988), a pena-base de ambos os **réus**, que exibem cada qual múltiplas condenações, foram estipuladas, proporcionalmente, em **1/6** acima do piso. A sentença, a propósito, é explícita em citar a prática reiterada de crimes em desfavor dos **réus**, (fls. 84/108, fls. 109/123), o que derrui a objeção nuclear das d. Defesas quanto à alegada violação do princípio do *ne bis in idem*. Penas iniciais bem entabuladas, em cada caso, em **01 ano e 02 meses de reclusão**, com **pagamento de 11 dias-multa**.

Na segunda fase, não havia atenuantes. Na espécie, mostra-se excepcionalmente adequado, em sua precisão, o afastamento da confissão espontânea, nos termos do artigo 65, III, **d**, do Código Penal, afinal, os **réus**, sustentando simultaneamente as alegações de que a vítima não teria sido propriamente ludibriada e de decisão voluntária em não persistir no ardil para levar a cabo a fraude, obviamente trouxeram versões tecidas com o singular propósito de produzir as suas absolvições. Por isso, resta claro que o conteúdo dos interrogatórios, sequer se ajustando ao que se convencionou denominar “confissão qualificada”, **não**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

integrou a formação do convencimento judicial na espécie, o que torna inviável a redução punitiva (Súmula nº 545 do C. Superior Tribunal de Justiça). Noutro giro, **presente**, nos dois casos, a agravante da **reincidência** (artigo 61, inciso I, do Código Penal). Esclarece-se, porque salutar o complemento, que **NELSON**, ostentando **condenações prévias também por estelionato**, restou **definitivamente** condenado (à guisa de maus antecedentes), ainda **multirreincidente específico**, ao exhibir, no quinquênio depurador, condenações por **estelionatos** em mais de um processo (Autos nº 0000009-82.2015.8.26.0180, com trânsito em julgado em **10.04.2018**; Autos nº 0006119-79.2014.8.26.0180, com trânsito em julgado em **06.07.2018**). Semelhante ordem de ideias operou-se para o **corréu RODRIGO**, que, além do feito caracterizador dos antecedentes, detém condenação por crime **cruento**, o de **roubo simples** (Autos nº 1500167-78.2019.8.26.0550, com trânsito em julgado em **11.11.2019**). Base documental cabal, em especial à vista das certidões de distribuição de processos criminais (fls. 84/91, fls. 109/113), bem se justificando a exasperação ora **proporcional** de **1/6**.

As penas intermediárias, tendo atingido o patamar de **01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão**, com **pagamento de 12 dias-multa**, foram elevadas, na **terceira**

fase, em nova fração proporcional de $\frac{1}{2}$, à conta da condição idosa da vítima, o que só a ela diz respeito na espécie. Embora **NELSON** também seja pessoa idosa para fins jurídicos, no campo penal, só se poderia pensar na causa de aplacamento do lapso prescricional (artigo 115 do Código Penal), aqui sem qualquer aplicabilidade prática. Reprimendas alcandoradas em **02 anos e 15 dias de reclusão, com pagamento de 18 dias-multa**, as quais foram reduzidas à **fração mínima de $\frac{1}{3}$** pelo *conatus*. Adequado o gradiente empregado, até por se tratar, como visto, de tentativa imperfeita, com exaurimento pelos **réus** de todos os atos materiais necessários à consecução da fraude, o que implica máxima aproximação ao ponto de **consumação** na escala do *iter criminis*. Tornam-se, pois, definitivas, em ambos os casos, as reprimendas finais em **01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa**, bem mantido o valor unitário mínimo, por não haver embasamento substancial nos autos para fixação a maior quanto à multa.

Em termos de regime inicial de penas, há de ser preservada a modalidade do **semiaberto**, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Contra os **acusados**, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

despeito do caráter incruento, sobrelevam as **circunstâncias desfavoráveis**, como seus **péssimos antecedentes** e o direcionamento à fraude visando obter elevado valor. Ambos são **reincidentes**, chegando a ser o **corrêu NELSON reincidente**, por múltiplas vezes, pela mesma espécie de crime. Nesta fase autônoma referente à dosimetria, não haveria margem para estipulação da forma mais branda, que evidentemente não atenderia aos fins repressivo e dissuasório das penas.

Desautorizada, em que pese a natureza incruenta do delito, a substituição da pena corporal, vez que estão presentes óbices legais. Contra **NELSON** se observa a hipótese proibitiva do **artigo 44, § 3º, do Código Penal**, em se tratando, repete-se, de reincidente específico. Ademais, mesmo no caso de reincidência genérica, como se vê com **RODRIGO**, a medida postulada é pouco aconselhável. Os **acusados** ostentam ambos **múltiplas condenações**, o que acena à **proclividade à prática delitiva**, incrementando os **riscos de recidiva**.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por derradeiro, **DEIXO DE CONHECER** do **pedido de recurso em liberdade**, pois, como se observa da sentença, tanto **já se deferiu aos réus na sentença de condenação**. Logo, na lógica da sucumbência, a eles falta o devido **interesse recursal**.

Do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos apelos defensivos, em sua parte conhecida, mantendo-se a r. sentença impugnada por seus termos e fundamentos.

COMUNIQUE-SE. Transitada em julgado, formalize-se a Execução Definitiva.

Alcides Malossi Junior
DESEMBARGADOR RELATOR