



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000379335

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1515081-56.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SERGIO LIMA FERREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram a preliminar arguida e deram parcial provimento ao recurso defensivo, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, mantida, no mais, a sentença. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1515081-56.2023.8.26.0050

Apelante: Sergio Lima Ferreira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 11ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo

MMª. Juíza de Direito: Daniela Pazzeto Meneghine Conceição

Voto n. 12.792

APELAÇÃO. ESTELIONATO TENTADO. (1) PRELIMINAR DE DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FORMALIDADES PARA A REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. (2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME COMETIDO MEDIANTE FRAUDE. (3) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". POSSIBILIDADE. (4) DOSIMETRIA. PENA-BASE DO RÉU FIXADA NO MÍNIMO (5) REINCIDÊNCIA. (6) CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DA TENTATIVA. (7) REGIME PRISIONAL ABERTO. (8) POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. (9) AFASTAMENTO DA PRELIMINAR E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Preliminar de decadência do direito de representação. A representação da vítima prescinde de formalidades, sendo suficiente o registro da ocorrência em delegacia, por exemplo. Precedentes do STF (HC 228.794/MG – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 02/06/2023 – DJe de 05/06/2023; HC 226.126-AgR/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Primeira Turma – j. em 03/05/2023 – DJe de 05/05/2023; RHC 225.409/SC – Rel. Min. GILMAR MENDES – j. em 15/03/2023 – DJe de 17/03/2023 e HC 221.236-AgR/SP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 23/02/2023). No caso, a representante legal da vítima representou perante o Delegado de Polícia. Entendimento do STJ (AgRg no RHC 190.127/GO – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 30/11/2023 – DJe de 05/12/2023; AgRg no AgRg no AgRg no REsp 2.083.182/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 07/11/2023 – DJe de 13/11/2023; AgRg no RHC 185.018/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 25/09/2023 – DJe de 28/09/2023).

2. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de estelionato tentado. Circunstâncias do caso concreto indicam o dolo adequado à espécie, tudo corroborado pelas provas dos autos colhidas sob o crivo do contraditório. Réu que se valeu de fraude para tentar obter vantagem indevida. Dolo preexistente.

3. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

4. Pena-base fixada acima no mínimo legal.

5. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

6. Reconhecimento da causa de diminuição da tentativa, no patamar de 1/2 (metade), em razão do "iter criminis" percorrido, certo que o réu chegou a enviar os falsos documentos para a empresa vítima.

7. Regime aberto corretamente fixado. Inteligência do art. 33, §2º, "c", do Código Penal.

8. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, certo que a reincidência do réu é decorrente de condenação por crime culposos, o que não impede o benefício, nos termos do art. 44, II, do Código Penal.

9. Afastamento da preliminar e parcial provimento do recurso defensivo, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

VOTO

Sergio Lima Ferreira foi denunciado como incurso nas penas do art. 171, "caput", combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal e ao final foi condenado, nos termos em que denunciado, reconhecida a circunstância agravante da reincidência, à pena de 07 (sete) meses de reclusão, regime aberto e 05 (cinco) dias-multa, no piso (fls. 117/124).

Recorreu a defesa, pleiteando, em síntese: **(a)** o reconhecimento da decadência do direito de representação da vítima; **(b)** a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sua absolvição, com fundamento legal no art. 386, VII, do Código de Processo Penal; **(c)** a redução da sua pena pela tentativa no patamar máximo; e **(d)** a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, certo que a sua reincidência se deu por crime culposos (fls. 143/148).

O **Ministério Público** ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento da apelação defensiva (fls. 153/156).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 168/173)

É o relatório.

Afasto a preliminar arguida e dou parcial provimento ao recurso defensivo.

De início, assinalo que a Lei n. 13.964/2019 alterou a natureza da ação penal para o crime de estelionato, passando esta a ser pública condicionada, exigindo a representação da vítima como condição de procedibilidade para os processos já iniciados na data de sua edição. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por sua vez, assim decidiu:

"O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, determinando que o juízo de primeiro grau proceda à intimação da vítima Eliana Camilo de Souza para que se manifeste em trinta dias se dispõe de interesse no prosseguimento da ação penal n. 0037222.33.2019.8.19.0001, sem o que haverá o trancamento do processo, ficando ratificada a medida liminar que suspendeu a ação penal até o pronunciamento da ofendida, tudo nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 31.3.2023 a 12.4.2023."
(STF – AgR no HC 208.817/RJ – Rel. Min. CARMEN LÚCIA – Tribunal Pleno – j. em 13/04/2023).

Por outro lado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL também já

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

decidiu que a representação da vítima prescinde de formalidades, sendo suficiente o registro da ocorrência na delegacia de polícia, por exemplo. Nesse sentido:

"A jurisprudência desta SUPREMA CORTE há muito tempo consolidou-se no sentido de que a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos (Inq 3438, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 10/2/2015). Nesse sentido, ainda: HC 221236 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24/2/2023; HC 182231 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 24/4/2020; HC 206126 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 7/10/2021."
(STF – HC 228.794/MG – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – j. em 02/06/2023 – DJe de 05/06/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. LAVRATURA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. OITIVA DAS VÍTIMAS EM JUÍZO. REPRESENTAÇÃO QUE PRESCINDE DE FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."
(STF – HC 226.126-AgR/SP – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Primeira Turma – j em 03/05/2023 – DJe de 05/05/2023);

"Conforme o entendimento desta Corte, a representação prescinde de qualquer formalidade; basta que a vítima demonstre, por qualquer meio, interesse em ver iniciado o processo penal:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Assédio Sexual. Representação feita mediante o comparecimento da vítima à delegacia para registrar a ocorrência. 4. Jurisprudência desta Corte no sentido de que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade. Precedentes. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento. (RHC 123.086, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.10.2014)
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. A representação da vítima nos crimes sexuais prescinde de formalidade, bastando a demonstração da inequívoca intenção de ver o ofensor submetido à persecução penal. (HC 108.043, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.3.2018)
'PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. VALIDADE DA DECLARAÇÃO DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

POBREZA APRESENTADA PELOS PAIS DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – O Ministério Público possui legitimidade para promover a ação penal quando a vítima ou seus pais não puderem prover as despesas do processo, sem prejuízo da manutenção própria ou da família (art. 225, §2º, do CP, com redação anterior à Lei 12.015/2009). II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a representação realizada pela vítima ou seu representante legal nos crimes contra os costumes prescinde de formalidade e prova material de miserabilidade, sendo suficiente a mera declaração de pobreza. III - Não cabem em habeas corpus discussões sobre a veracidade da declaração de pobreza, uma vez que a prova da miserabilidade se faz pela simples declaração firmada perante a autoridade policial. IV – A discussão acerca de eventual falsidade do documento demandaria o exame de provas sobre a real situação econômica da declarante, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*. V – Ordem denegada'. (HC 113.071/RS, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.11.2012). 'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI Nº 12.015/2009. 1. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 225, §1º, I, C/C O §2º, DO CÓDIGO PENAL (NORMA ANTERIOR). AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. MISERABILIDADE DA VÍTIMA OU DE SEUS PAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO FORMAL. POSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS. **REPRESENTAÇÃO QUE INDEPENDE DE FORMALIDADE ESPECIAL.** 2. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 3. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ATO PRATICADO CONFORME À LEI VIGENTE À ÉPOCA. TEMPUS REGIT ACTUM. 4. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OBSERVÂNCIA DAS EXCEPCIONALIDADES PREVISTAS NO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 5. PRETENSÕES DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA E DO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.

1. Atos praticados antes da vigência da Lei n. 12.015/2009. Atentado violento ao pudor. Ação penal pública condicionada à representação, nos termos da norma anterior do art. 225, §1º, I, c/c §2º, do Código Penal.

2. A condição da miserabilidade da vítima não exige demonstração formal, podendo ser constatada por outros elementos, como se tem na espécie, diante do grau de instrução e da profissão da mãe da vítima.

3. Representação. Dispensa de formalidade. Genitora da vítima que compareceu à autoridade policial para dar notícia

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

do delito.

4. Oitiva de testemunhas. Rito do art. 212 do Código de Processo Penal, com alteração da Lei n. 11.690/2008. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

5. Interrogatório do Recorrente ocorrido em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008. Impossibilidade de realização de novo interrogatório. Aplicação do princípio do *tempus regit actum*.

6. O princípio da identidade física do juiz previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal comporta flexibilização em situações excepcionais, como as descritas no art. 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Excepcionalidade na espécie vertente.

7. Pedidos de desclassificação da conduta do Recorrente ou de reconhecimento de continuidade delitiva: impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus.

8. Recurso ao qual se nega provimento'. (RHC 116.171/SC, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 27.9.2013)."

(STF – RHC 225.409/SC – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – j. em 15/03/2023 – DJe de 17/03/2023);

"Agravos regimentais em habeas corpus. **Estelionato. Representação da vítima como condição de procedibilidade. Registro de boletim de ocorrência. Prescindibilidade de formalidade na representação pelo ofendido.** Precedentes. Agravo ao qual se nega provimento.

[...]

3. Agravo ao qual se nega provimento."

(STF – HC 221.236-AgR/SP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 23/02/2023).

No presente caso, a representação foi realizada perante o Delegado de Polícia (fls. 03).

De mais a mais, quanto à alegação de que a representação da empresa-vítima deveria ser realizada por sócio-gerente ou diretor, igualmente não merece prosperar. A uma, porque, como é cediço, prescinde de formalidades. A duas, porque até este momento a empresa-vítima não demonstrou que não possui interesse na persecução penal. Ao contrário. E a três, porque a representação foi feita por meio de representante legal, o que é suficiente. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. DISPENSA DE FORMALIDADE. SUFICIÊNCIA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA. **INTENÇÃO INEQUÍVOCA DE INICIAR A PERSECUÇÃO PENAL DEMONSTRADA.** AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de formalidades.

2. **Nessa linha de inteligência, sobre a representação da vítima nos crimes de estelionato, hoje exigida pelo novo "Pacote Anticrime", a jurisprudência vem dando primazia ao princípio da instrumentalidade das formas.** Precedentes (AgRg nos EDcl no RHC n. 177.432/DF, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023).

3. Na hipótese, conforme os termos de declarações das vítimas perante a autoridade policial, verifica-se a manifestação de vontade inequívoca dos ofendidos de que os fatos fossem apurados, oportunidade na qual todas relataram eventual envolvimento do paciente na prática do delito em questão, teoricamente em parceria com o corréu Allyson. Assim, **o entendimento que prevaleceu na Corte de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência do STJ, no sentido de que, apesar de o parágrafo 5º do artigo 171, § 5º, do Código Penal (inaugurado pelo Pacote Anticrime) apontar que se procede o processamento do crime de estelionato mediante representação da vítima, esta dispensa maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de interesse na persecução penal, de modo que basta que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimento das autoridades policiais.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no RHC 190.127/GO – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 30/11/2023 – DJe de 05/12/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. VIOLAÇÃO AO ART. 61, INC. II, G, DO CP. CRIME COMETIDO COM VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE À PROFISSÃO. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. VIOLAÇÃO AO ART. 171, § 4º, DO CP. REPERCUSSÃO DA LEI N. 14.155/21 NA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE RELEVÂNCIA DO RESULTADO GRAVOSO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS TEMAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE OFENSA AO ART. 619 DO CPP. MATÉRIA PRECLUSA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ART. 171, § 5º, DO CP, INCLUÍDO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. PRECEDENTES. REPRESENTAÇÃO. ATO QUE PRESCINDE DE FORMALIDADES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

[...]

VI - **De mais a mais, conforme registrado pelo acórdão recorrido,**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

constatado que a vítima, inequivocamente, levou ao conhecimento da autoridade policial o fato criminoso, manifestando evidente interesse na persecução penal, resta plenamente satisfeito o requisito relativo à condição de procedibilidade da ação penal, porquanto a representação do ofendido, nas ações penais públicas condicionadas à representação, prescinde de formalidade, de modo que entendo cumpridas as exigências legais. De fato, não há necessidade de que exista nos autos peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve ao conhecimento das autoridades o ocorrido, como ocorreu na presente hipótese. Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AgRg no REsp 2.083.182/SP – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 07/11/2023 – DJe de 13/11/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DENÚNCIA OFERECIDA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.964/2019. **ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA. REPRESENTAÇÃO OFERECIDA NO PRAZO LEGAL. INEXIGÊNCIA DE FORMALIDADE.** AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. A representação do ofendido dispensa maiores formalidades, logo, tendo a empresa-vítima registrado boletim de ocorrência buscando a apuração dos fatos e, quando intimada, por meio de representante legal, manifestado expressamente o desejo de ver o Agravante condenado nas penas do crime de estelionato, tais manifestações são mais do que suficientes para caracterizar representação, sendo desnecessário procuração com poderes especiais para tanto.

[...]

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no RHC 185.018/SP – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 25/09/2023 – DJe de 28/09/2023);

Portanto, afasto a preliminar arguida.

Prossigo.

O réu **Sergio Lima Ferreira** foi denunciado como incurso nas penas dos art. 171, "caput", combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, nos termos seguintes:

"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 16 de janeiro de 2023, na Rua 25 de Janeiro, n.º 320, Bom Retiro nesta cidade e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

comarca da Capital, SERGIO LIMA FERREIRA, qualificado à fl. 31, tentou obter, para si, vantagem ilícita consistente no valor de R\$ 17.377,39 (dezesete mil, trezentos e setenta e sete reais e trinta e nove centavos), em prejuízo da empresa vítima Enel Distribuição São Paulo, induzindo-a em erro, mediante o meio fraudulento a seguir descrito, somente não consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo apurado, na data supra, o indiciado encaminhou à empresa vítima, via e-mail, pedido de ressarcimento no valor de R\$ 17.377,39 (dezesete mil, trezentos e setenta e sete reais e trinta e nove centavos), sob a falsa alegação de que, no dia 15 de janeiro de 2023, seus aparelhos elétricos teriam "queimado" após diversas oscilações e quedas constantes no fornecimento de energia elétrica; para instruir o pedido, foram acostados dois orçamentos falsos, supostamente emitidos pelas empresas Weber Manutenção de Reparo de Equipamentos (fls. 06/13) e Gentile Informática (fls. 15/23).

Ocorre que, em razão do indiciado já ter efetuado pedido de ressarcimento em data anterior, o representante da empresa vítima dirigiu-se aos estabelecimentos supostamente emissores dos orçamentos, sendo informado por ambos os representantes que não reconheciam os documentos e as assinaturas apostas, confirmando a falsidade dos documentos também via e-mail (cf. fls. 14, 25 e relatório às fls. 49/66).

Diante disso, a empresa vítima solicitou vistoria nos supostos equipamentos danificados; contudo o indiciado não mais atendeu às ligações, sendo negado o ressarcimento (fls. 26/27).

Com efeito, mediante fraude consistente na falsa notícia de que seus eletrodomésticos haviam sido danificados por falhas no fornecimento de energia elétrica, com o envio de pedido de ressarcimento à concessionária, instruído com orçamentos falsos, o indiciado tentou obter para si vantagem ilícita, apenas não obtendo êxito pela postura diligente da empresa vítima, que identificou o "golpe". Ante o exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência SERGIO LIMA FERREIRA como incurso no art. 171, "caput", c.c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, e requeiro que, após recebida e processada a presente denúncia, seja o denunciado processado nos termos dos artigos 394, §1º, inciso I, a 405 do Código de Processo Penal, ouvindo-se o representante da empresa vítima e testemunhas abaixo arroladas, seguindo-se com o interrogatório, até final condenação. [...]" (fls. 71/72).

Pois bem.

A materialidade criminosa estelionatária está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/05), pelos documentos (fls. 06/27), pelo relatório da empresa-vítima ("Enel") (fls. 49/66) e pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório (fls. 135 – mídia digital).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

A autoria criminosa é igualmente certa e deve ser imputada ao réu **Sergio Lima** que, embora regularmente citado (fls. 50), deu de ombros ao Poder Judiciário e não compareceu ao seu interrogatório judicial, ocasião em que poderia apresentar a sua versão dos fatos, sendo decretada a sua revelia (fls. 107 e 125). Entretanto, ver-se-á, mesmo diante do seu silêncio na Delegacia de Polícia (fls. 30) e da sua ausência na audiência de instrução e julgamento, o conjunto probatório permite a sua condenação.

As provas carreadas aos autos demonstraram, de maneira inequívoca, que o réu **Sergio Lima** tentou obter para si, mediante fraude, vantagem indevida, consistente em R\$ 17.377,39, em prejuízo da vítima **Enel Distribuição São Paulo**.

O conjunto probatório demonstra que o réu **Sergio Lima** tentou induzir a vítima em erro, mediante fraude, a fim de obter a vantagem pecuniária indevida em seu prejuízo.

Com efeito, o representante da vítima, **Cauê Marinho**, narrou, na Delegacia de Polícia e em Juízo, que o réu tentou pedir um ressarcimento de alguns aparelhos eletrônicos por conta de oscilações no fornecimento de energia elétrica e apresentou alguns laudos, mas o pedido foi indeferido. A empresa-vítima, que já havia se deparado com pedidos anteriores de ressarcimento, diligenciou junto às empresas que supostamente emitiram os orçamentos, sendo informada pelos seus representantes que não reconheciam os documentos e as assinaturas apostas, confirmando a falsidade dos documentos. Em contato com o réu, foi solicitada uma vistoria aos equipamentos danificados, mas ele não mais retornou, sendo então o pedido indeferido (fls. 135 – mídia digital).

Por sua vez, a testemunha **Weber Cupido**, arrolada pela acusação, ouvida em Juízo, disse que é proprietário da empresa "Weber

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Refrigeração e Climatização" e que atua no ramo da "linha branca". Afirmou que o réu solicitou o orçamento para um microondas e, algum tempo depois, a "Enel" entrou em contato para confirmar a autenticidade de alguns laudos da sua empresa, os quais não reconheceu, mesmo porque não faz a manutenção desses tipos de equipamentos (fls. 135 – mídia digital).

Já a testemunha **Alessandre Ruy**, arrolada pela acusação, em Juízo, falou que é proprietário da empresa "Gentile Informática" e que não reconheceu os laudos apresentados porque possuem outro padrão (fls. 135 – mídia digital).

Tais elementos não deixam pairar dúvidas sobre a materialidade e a autoria criminosa do réu, no que se refere aos fatos narrados na denúncia, que foram respaldados pelo depoimento judicial do representante da empresa vítima e das testemunhas arroladas pela acusação.

Ficou comprovado que, desde o início, ao tentar solicitar o reembolso à vítima por conta de alguns supostos prejuízos que teve com oscilações de energia elétrica, o réu tinha o objetivo de induzi-la em erro, mediante fraude, consistente na ilusão criada de que os laudos apresentados com diversos orçamentos para o conserto dos equipamentos, no valor de R\$ 17.377,39, eram verdadeiros, tentando, assim, obter a vantagem indevida em seu prejuízo. Ademais, o réu chegou a encaminhar o pedido de restituição para a empresa, que abriu um procedimento formal para tanto, o qual, contudo, foi indeferido (fls. 49/66).

Logo, indubitável o dolo preordenado, antecedente, com o qual o réu **Sergio Lima** pautou o seu agir, de outra banda as próprias circunstâncias indicando a autoria criminosa frente às provas amealhadas aos autos, bem como o depoimento do representante da vítima na Delegacia de Polícia e em Juízo, além dos depoimentos das testemunhas arroladas pela

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

acusação.

Caracterizado o crime contra o patrimônio, na modalidade tentada, tendo em vista que apenas não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu, certo que a vítima, ao se deparar com o falso pedido de ressarcimento de valores formulado pelo réu, que pretendia, assim, obter vantagem indevida, abriu procedimento interno para averiguar a autenticidade dos laudos contendo os orçamentos e indeferiu o pedido. De rigor a condenação do réu, ele que desde o primeiro momento agiu com o dolo adequado à espécie, uma vez que se utilizou de fraude para tentar ludibriar a vítima, com o objetivo de obter reembolso indevido.

Na mesma linha, a sentença:

"[...]"

É O RELATÓRIO

FUNDAMENTO E DECIDO

Não prosperam as alegações da defesa. É sabido que a Lei n. 13.964/19, que entrou em vigor em janeiro de 2020, inseriu o §5º ao artigo 171, do Código Penal, dispondo que o crime de estelionato somente se procede mediante representação.

Ocorre que referida representação não depende de nenhuma formalidade específica para se concretizar. Desta forma, a representação da vítima, representada na pessoa do funcionário Cauê Marinho Valeriano, prescinde de formalidades e o registro do Boletim de Ocorrência, com declaração do ofendido perante a autoridade policial, na pessoa de sua representante, são suficientes para demonstrar a sua pretensão na investigação e processamento da ré, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO QUE DISPENSA FORMALIDADES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de formalidades. 2. Hipótese em que a representação pode ser depreendida do boletim de ocorrência e da ulterior apresentação de declarações na presença da autoridade policial. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp n. 1.988.018/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 171, §5º, DO CÓDIGO PENAL, INCLUÍDO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). REPRESENTAÇÃO JÁ REALIZADA PELA VÍTIMA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. ATO QUE PRESCINDE DE MAIORES

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FORMALIDADES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O trancamento da ação penal somente é possível, na via estreita do habeas corpus, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. A nova redação do art. 171, § 5º, do Código Penal tornou o estelionato, em regra, crime de ação penal pública condicionada à representação. 3. No caso dos autos, não há necessidade de discussão sobre a retroatividade do art. 171, § 5º, da Lei nº 13.964/19. Isso porque, ao contrário do alegado pela defesa, a exigência da representação da vítima já se encontra plenamente satisfeita, uma vez que, conforme consignado pela Corte local, a ofendida registrou o boletim de ocorrência, reportando o ocorrido à autoridade policial (e-STJ fl. 140). Assim, não há se falar em ocorrência de causa extintiva da punibilidade (decadência). 4. Ademais, cabe ressaltar que a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de formalidades. Dessa forma, pode ser depreendida do boletim de ocorrência e de declarações prestadas em juízo (AgRg no REsp 1.912.568/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe 30/4/2021). 5. Agravo improvido." (AgRg no HC n. 728.184/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022.)

No mérito, a pretensão acusatória é procedente.

A materialidade delitiva está consubstanciada na portaria (fls. 01), boletim de ocorrência nº 5011-1/2023 (fls. 04/05), documentos falsos apresentados (fls. 06/27), procedimento realizado pela Enel (fls. 49/66), e pela prova oral coligida nos autos.

A autoria também é certa.

Segundo consta na denúncia, na data supra, o indiciado encaminhou à empresa vítima, via e-mail, pedido de ressarcimento no valor de R\$ 17.377,39, sob a falsa alegação de que, no dia 15 de janeiro de 2023, seus aparelhos elétricos teriam "queimado" após diversas oscilações e quedas constantes no fornecimento de energia elétrica; para instruir o pedido, foram acostados dois orçamentos falsos, supostamente emitidos pelas empresas Weber Manutenção de Reparo de Equipamentos e Gentile Informática.

Ocorre que, em razão do indiciado já ter efetuado pedido de ressarcimento em data anterior, o representante da empresa vítima dirigiu-se aos estabelecimentos supostamente emissores dos orçamentos, sendo informado por ambos os representantes que não reconheciam os documentos e as assinaturas apostas, confirmando a falsidade dos documentos também via e-mail.

Diante disso, a empresa vítima solicitou vistoria nos supostos equipamentos danificados; contudo o indiciado não mais atendeu às ligações, sendo negado o ressarcimento.

Interrogado em sede policial, o réu permaneceu em silêncio (fls. 30).

Em juízo, diante da sua ausência, foi decretada a revelia do réu.

O representante da empresa vítima CAUÊ MARINHO VALERIANO afirmou que trabalha no setor de segurança e, ao realizar as checagens do pedido junto às assistentes técnicas, as empresas não reconheceram as assinatura e carimbo apostos, sendo diferente a padronização do laudo, ocasião em que constatou a fraude. Existem três formas de ser realizado o pedido de ressarcimento, pelo site/aplicativo, telefone e pessoalmente.

No caso do réu, o pedido foi feito por aplicativo, vindo a falar com ele

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

por telefone, quando ele confirmou a realização do pedido formulado. Esclareceu que a solicitação somente pode ser feita pelo responsável da. Os laudos estavam em nome do réu. Não falou com o réu pessoalmente. Não foi apresentado nenhum documento. Não foi efetuado nenhum pagamento, sendo o caso indeferido.

A testemunha WEBER CUPIDO RODRIGUES DA SILVA, representante da empresa Weber Manutenção de Reparo de Equipamentos, relatou que é proprietário da empresa denominada WEBER REFRIGERAÇÃO E CLIMATIZAÇÃO e atua no ramo de manutenção de ar condicionado e linha branca (máquina de lavar, geladeira, microondas). Recebeu contato da pessoa identificada como SERGIO, que solicitava orçamento de um microondas, e procedeu ao respectivo reparo. Algum tempo depois, recebeu contato da ENEL, a fim de confirmar os laudos técnicos, e não os reconheceu como sendo de sua empresa, mesmo porque, não faz manutenção daquele tipo de equipamento.

Ainda a testemunha ALESSANDRE RUY FIORE GENTILE, representante da empresa Gentile Informática, disse que é proprietário da empresa denominada GENTILE INFORMÁTICA. Tomou conhecimento dos fatos através de contato realizado por funcionário da ENEL, ocasião em que não reconheceu os laudos que lhe foram apresentados, os quais possuem outro padrão. Não se recorda do réu.

Não obstante, além da prova oral, entre os documentos juntados aos autos, constam os orçamentos falsos apresentados pelo réu à empresa vítima em nome das empresas Weber Manutenção de Reparo de Equipamentos e Gentile Informática, bem como os e-mails em que tais empresas não reconhecem referidos documentos (fls. 06/27) e o procedimento realizado pela empresa Enel (fls. 49/66).

Diante deste quadro, forçoso convir que o acusado praticou o delito de

estelionato, na forma tentada, posto que tentou obter, em proveito próprio, vantagem ilícita, consistente na quantia de R\$ 17.377,39, em prejuízo da empresa Enel, induzindo-a em erro por meio fraudulento empregado através de falsos orçamentos versando sobre a queima de aparelhos elétricos.

A declaração do representante da empresa vítima está devidamente corroborada pela prova material angariada na fase inquisitiva e pelos depoimentos dos representantes das empresas que supostamente realizaram os orçamentos, os quais negaram terem elaborado tais documentos.

Por outro lado, o acusado não apresentou qualquer versão que encontre respaldo nos autos. Durante seu interrogatório, não justificou de forma verossímil e firme as razões de ter encaminhado documentos falsos à empresa Enel. Sendo assim, afasta-se qualquer possibilidade concernente à absolvição.

Não restam dúvidas, portanto, acerca da prática do fato delituoso imputado ao acusado. O réu tentou ludibriar a empresa vítima com falsos orçamentos a fim de obter ressarcimento por aparelhos supostamente queimados por oscilação de energia elétrica.

Com efeito, o tipo básico do crime de tentativa de estelionato está devidamente caracterizado pela presença de seus elementos constitutivos, a saber, o meio fraudulento, a tentativa de induzimento da vítima em erro, o prejuízo por ela a ser sofrido, o correspondente locupletamento ilícito que ocorreria e o dolo.

Quanto a redução decorrente do reconhecimento do conatus há de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ser ½ (um meio), tendo em vista o iter criminis percorrido pelo agente. No caso, o réu encaminhou documentos falsos à empresa vítima solicitando ressarcimento de valores, no entanto, ao verificar a autenticidade de tais documentos, constatou-se a falsidade, o que o impediu de consumir o delito.

Destarte, assentes estão a materialidade e a autoria delitiva, a conduta da ré subsume-se, in totum, ao crime tipificado no art. 171, caput, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Passo a dosar a pena do réu. [...]" (fls. 118/122).

Digo eu.

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente à sentença, visando dar escopo à fundamentação deste Acórdão, não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

República.

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]"

(STF – HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO –
Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Passo à análise da pena.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso.

Na segunda fase, foi corretamente reconhecida a circunstância agravante da reincidência do réu (processo-crime n. 0000657-23.2006.8.26.0004 – fls. 76), a pena sendo agravada para 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no piso.

No ponto, observo que não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE -
Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.**

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer consequências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confiram com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A *QUO*. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido. Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF – RE 453.000-RG/RS – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

Por fim, na terceira fase da dosimetria, a sentença corretamente reconheceu a causa de diminuição da tentativa no patamar de 1/2 (metade), em razão do "iter criminis" percorrido, certo que o réu chegou a confeccionar os falsos laudos orçamentários e os enviou para a empresa vítima, que abriu procedimento interno para o reembolso dos valores, o que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não ocorreu (fls. 49/66). Assim, a pena ficou definitivamente fixada em 07 (sete) meses de reclusão e 05 (cinco) dias-multa, no piso.

Correta a adoção do regime aberto para o cumprimento da pena, mesmo em se tratando de réu reincidente, sobretudo porque a reincidência se deu pela anterior prática de crime culposo. Inteligência do art. 33, §2º, "c", do Código Penal.

Embora a sentença tenha afastado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da reincidência do réu, com fundamento legal no art. 44, II, do Código Penal, observo que a condenação que deu azo à reincidência é relativa a crime culposo (art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro), o que não impede a concessão do benefício. Deste modo, presentes todos os requisitos, é o caso de se substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, a ser especificada no Juízo da Execução.

Ante tais razões, **afasto a preliminar arguida e dou parcial provimento ao recurso defensivo, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, mantida, no mais, a sentença.**

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator