



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000452897

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0099807-13.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JEFFERSON OLIVEIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

MENS DE MELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 0099807-13.2018.8.26.0050

Apelante(s): Jefferson Oliveira da Silva

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 19ª Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda

Voto nº 37662

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Jefferson Oliveira da Silva foi condenado por estelionato, com base no artigo 171, caput, do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão em regime aberto e 10 dias-multa, substituída por prestação pecuniária no valor do prejuízo. O réu apelou alegando cerceamento de defesa, ausência de dolo, e pleiteou a redução da prestação pecuniária e concessão da justiça gratuita.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em avaliar a alegação de cerceamento de defesa, a presença de dolo na conduta do réu, e a adequação da prestação pecuniária imposta.

III. Razões de Decidir

3. Não houve cerceamento de defesa, pois as diligências requeridas foram consideradas irrelevantes e protelatórias, sem impacto no mérito da questão.

4. A prova dos autos confirma a prática do estelionato, com dolo pré-constituído, afastando a alegação de mero ilícito civil.

5. A prestação pecuniária foi fixada corretamente para ressarcir o prejuízo causado à vítima, e a condenação em custas é de rigor, com possibilidade de suspensão do pagamento.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. Não há cerceamento de defesa quando diligências irrelevantes são indeferidas. 2. O dolo no estelionato é comprovado pela fraude pré-constituída. 3. A prestação pecuniária deve corresponder ao prejuízo causado.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 171, caput; Código de Processo Penal, art. 156.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 171, *caput*, do Código Penal à pena de 01 anos de reclusão em regime aberto e 10 dias-multa. Substituiu-se a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária no exato valor do prejuízo.

O réu apelou² alegando ser cabível a concessão da justiça gratuita. Preliminarmente sustenta ter havido cerceamento de defesa, vez que não foram encaminhados do Distrito Policial todos os documentos necessários e tal fato teria prejudicado a apuração mais detida. No mérito sustentou inexistir dolo havendo mero ilícito civil. Sustentou ainda ser cabível a absolvição por existir dúvida. Por fim requer a redução da prestação pecuniária imposta.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo afastamento da preliminar e, no mérito, não provimento ao recurso.

É o relatório.

Da preliminar

Verifica-se que a após o encerramento da instrução, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, a defesa do recorrente requereu a conversão do julgamento em diligência, para requisição, à 3ª Delegacia de Investigações Interestaduais – POLINTER, de cópias do termo de declarações do acusado, bem como dos documentos que ele teria apresentado na ocasião. Outrossim, diante da inércia da Delegacia de Polícia, o Douto Magistrado de primeiro grau determinou a expedição de ofício à Corregedoria da Polícia Civil, consoante fls. 116 dos autos.

Desse modo, o aludido termo de

¹ Folhas 161.

² Folhas 188.

³ Folhas 203.

⁴ Folhas 220.

declarações foi apresentado às fls. 124/127, sobrevivendo abertura de vista às partes, para oferecimento dos Memoriais.

No mais, em relação aos supostos documentos que teriam sido entregues pelo acusado, e cujas cópias não teriam sido remetidas, há que se ressaltar, como bem salientado pela Douta Magistrada de primeiro grau, primeiramente, que não há qualquer prova no sentido de que eles teriam, de fato, sido entregues à Autoridade Policial na ocasião informada, destacando-se, nesse sentido, constar no termo de declarações a fls. 126 que somente teria sido entregue cópia do extrato bancário. Por outro lado, é certo que o fornecimento de cópia do aludido extrato bancário em nada alteraria o deslinde do feito, mas tão somente ratificaria a materialidade já comprovada pelo TED.

Por fim, o essencial em um processo penal democrático é a prova produzida em juízo mediante contraditório, de maneira que declarações em fase extrajudicial não podem ter o mesmo valor e sequer seriam determinantes. A defesa tenta na realidade tumultuar o feito e “cavar” nulidade.

Ademais, não é dever do magistrado deferir toda e qualquer diligência requerida pela parte.

Cabe ao magistrado zelar pela rápida e segura solução da lide, devendo indeferir provas indevidas ou protelatórias, que não tem relevância capital para o desfecho do crime, desde que o faça de forma fundamentada.

Este é o caso dos autos onde a prova requerida não teria qualquer repercussão no mérito da questão.

Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

“A jurisprudência desta Corte, ademais, firmou-se no sentido de que não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência

probatória que repute impertinente, desnecessária ou protelatória, sendo certo que a defesa do paciente não se desincumbiu de indicar, oportunamente, quais os elementos de provas pretendia produzir para levar à absolvição do paciente”⁵.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 400, § 1º, DO CPP. (...) 1. Cabe ao juízo ordinário indeferir as diligências consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, § 1º), sendo inviável, na via do habeas corpus, avaliar a necessidade, ou não, do que requerido pela defesa. Precedentes. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”⁶

“Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Interposição contra RHC. Não cabimento. Quadrilha ou bando armado – art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Prova testemunhal. Indeferimento motivado – CPP, art. 400, § 1º. Nulidade. Violação à ampla defesa. Inocorrência. 1. O § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao Juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, desde, obviamente, que o faça de forma fundamentada (HC 106.734, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 04/05/2011; HC 108.961, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 08/08/2012; AI nº 741.442/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11; AI nº 794.090/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/2/11; e AI nº 617.818/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22/11/10). 2. In casu, o recorrente foi condenado pela prática do crime de bando ou quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP), (a) em face de robusta prova demonstrando a sua significativa posição de liderança na organização criminosa chamada de PCC, (b) autora de projeto delinquencial objetivando ao homicídio do Secretário Adjunto do Sistema Penitenciário de São Paulo no interior do Fórum de Barra Funda, na Capital, (c) tendo o recorrente recebido R\$ 100.000,00 pela empreitada criminosa, sendo certo que o magistrado, considerando os elementos de provas coligidos nos autos, indeferiu a produção de prova testemunhal motivando sua decisão na ausência de identificação das testemunhas arroladas pela defesa e na impertinência e relevância de suas oitivas para o caso, não cabendo a esta Corte imiscuir-se no juízo de conveniência do magistrado para avaliar a pertinência e a relevância de tal prova

⁵ STF – HC 107.644/SP – rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 06.09.2011.

⁶ STF - RHC 126204 AgR, – rel. Min. Teori Zavascki – Segunda Turma – julgado em 25/08/2015.

na busca da verdade real; por isso que descabe aludir à violação do princípio da ampla defesa, consoante entendimento pacificado nesta Corte, verbis: “É firme a jurisprudência da Corte no sentido de que “não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência probatória que repute impertinente, desnecessária ou protelatória, não sendo possível se afirmar o acerto ou desacerto dessa decisão nesta via processual” (HC nº 106.734/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 4/5/11). 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.”⁷

No mesmo sentido a orientação do
Superior Tribunal de Justiça.

“O magistrado, com base no livre convencimento motivado, pode indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias para o regular andamento do processo, o que não configura, em regra, cerceamento de defesa. Precedentes”⁸.

“Conforme já assentou esta Corte Superior de Justiça, não há constrangimento ilegal no indeferimento de diligências, quando o magistrado o faz fundamentadamente, por considerá-las infundadas, desnecessárias ou protelatórias, como na hipótese em tela”⁹.

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PROVA PERICIAL. PRODUÇÃO. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

1. O direito de a parte produzir e requerer provas, prerrogativa de matriz constitucional (CF, art. 5º, LIV e LV), não deve ser exercido de maneira indiscriminada, mas em consonância com a imprescindibilidade daquelas no caso concreto.

2. É conferido ao magistrado a prerrogativa de negar a produção de perícia requerida pelas partes “quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”, a teor do que prescreve o art. 184 do CPP, bem como indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, §1º).

3. Esta Corte tem entendido que o indeferimento “fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória

⁷ STF - RHC 115133, rel. Min. Luiz Fux – Primeira Turma – j. em 09/04/2013.

⁸ STJ – AgRg no AREsp 87.393/AM – rel. Min. Castro Meira – j. 12.04.2012.

⁹ STJ – HC 12.778/RJ – rel. Min. Laurita Vaz – j. 06.12.2011.

para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva."(RHC 42.890/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015).

(...omissis...)

6. Recurso desprovido.”¹⁰

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. (...) PEDIDO

DE DILIGÊNCIAS. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, ARESTO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. (...) RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

(...)

7. Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias. 8. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de alegação de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal.

(...)

17. Recurso especial parcialmente provido”¹¹

Deste modo, rejeito a preliminar.

Do mérito

Os documentos¹² e a prova oral confirmam que se obteve vantagem ilícita correspondente ao valor de R\$ 31.395,00, em prejuízo do ofendido Wellington Fernandes Veloso, induzindo-o em erro, mediante artil e meio

¹⁰ STJ - RHC 35.290/MS – rel. Min. Gurgel de Faria – Quinta Turma – j. 18/08/2015.

¹¹ STJ - REsp 1519662/DF – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma – j. 18/08/2015

¹² Folhas 17 e 21.

fraudulento, consistente em realizar um leilão eletrônico em um site falso, leiloando um carro da marca Renault/Fluence, fazendo com que a vítima, acreditando ser o vencedor do leilão, depositasse o valor de R\$ 31.825,00 em sua conta bancária.

Quanto à autoria, o réu disse ter 22 anos, morar com os pais, estar desemprego, mas trabalhar com o pai por fora, fazendo bicos de segurança eletrônica, não ter sido processado, não ter filhos, ter estudado ensino médio completo. Nega os fatos. um menino pediu a conta emprestada, alegando o nome estar sujo. Passou a conta para ele, que pediu para sacar no mesmo dia, pois precisava do dinheiro. Ele ofereceu R\$900,00, mas não aceitou. Não perguntou de onde vinha o dinheiro. Tinha cabeça fraca e 18 anos quando aconteceu isso. Foram 5 saques de cinco mil.

A negativa do acusado, contudo, não merece guarida e não está amparada em nenhuma outra prova produzida em juízo.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA¹³, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

¹³ A Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

GUSTAVO BADARÓ¹⁴ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma “*posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito*”.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO¹⁵, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que “*mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis*”.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, “*urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções*”¹⁶.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

¹⁴ Ônus da prova no processo penal – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

¹⁵ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

¹⁶ Ob. Cit. – p. 455.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

O ofendido Wellington Fernandes Veloso falou que participou de um leilão *online* e arrematou um lote de um veículo, mas na verdade era um leilão falso, era um golpe. Pagou R\$31.825,00, sendo depositado após uma mulher entrar em contato e passar os dados. Foi ao banco e fez o depósito, em nome de Jefferson. Era um site e fez o cadastro. Participou e havia como se fosse um leilão *online*. Depois de finalizar o leilão, um dia depois, entraram em contato, após mandar um email, informando para pagar. Se desistisse, teria que pagar certo valor. Nunca recebeu o carro, nem o valor foi devolvido. Não entrou no site da JUCESP.

A vítima narrou como se deu a prática delitiva.

Como, nos termos supra, ficou descrita conduta que se adequa ao injusto penal, apontando quem o praticou, necessária análise do valor de tal declaração.

Neste sentido existe a possibilidade de vítima, por ser objeto material do crime, ser levada pela paixão, ódio, ressentimento e emoção, procurando narrar os fatos como lhe pareçam convenientes. Aliás, mesmo sem a nítida intenção de prejudicar quem quer que seja, pode em face da intensa comoção decorrente do crime, desvirtuar os fatos, ainda que acredite que os narra com fidelidade.

Embora tal possibilidade mostre-se possível, não se pode simplesmente descartar declaração de vítima.

Toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz.

Portanto, não se pode excluir tão

somente pela condição de vítima, sendo indispensável à análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA¹⁷

que “para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considerá-las também, para bem avaliá-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho”¹⁸.

Por tais motivos a declaração de vítima só deve ser vista com reservas quando verificar-se a existência de incongruências.

Desta forma não há que falar-se na validade da regra romana, inserida no Digesto¹⁹, no sentido de que “nullus idoneus testis in re sua intelligitur”.

Tanto assim que MANZINI²⁰ afirma que “o ofendido, seja ou não denunciante, querelante ou parte civil, tem plena capacidade testemunhal, e torna-se, efetivamente, testemunha, para todas as consequências de direito”.

No caso dos autos não se vislumbra incongruências, tanto que a declaração de vítima se mostra segura e sem vislumbres de sofrer qualquer desvirtuamento em face da comoção do crime ou eventual interesse em prejudicar a pessoa acusada.

Nestes termos, possível o decreto condenatório lastreado tão somente em declaração de vítima,

¹⁷ La logica delle prove in materia criminale – 1895 – v. 2 – p. 59/60.

¹⁸ Citado por EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in: Código de Processo Penal Brasileiro Anotado – 6ª. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. 3 – p. 78.

¹⁹ Livro 22, tit. V, l. 10.

²⁰ Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice – 1932 – v. III – p. 201.

posicionando-se neste sentido SOUZA NUCCI²¹ ao afirmar: *“sustentamos poder a palavra isolada da vítima dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”*.

No mesmo sentido EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²² ao dizer: *“quando não há interesse, costuma-se dar muito apreço à imputação da vítima, apontando o autor do crime, que a feria”*.

TOURINHO FILHO²³ diz que *“é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos 'qui clam comittit solent' – que se cometem longe dos olhares de testemunhas – a palavra da vítima é de valor extraordinário”*.

Também EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁴ defende o valor de depoimento da vítima nestes casos, relatando que *“existem muitos crimes cuja prova se torna impossível, sem se dar um valor preponderante às informações da própria vítima”*.

Por fim, destaca-se que alegação de intenção de vítima prejudicar inocente deve ser afastada de plano, visto que ela, mais do que ninguém, tem o interesse em acusar apenas o culpado, posto que agindo em sentido contrário levaria à impunidade daquele que a prejudicou.

Como diz EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁵ *“seria inconcebível a falsa acusação de um inocente, com o efeito mediato de firmar a impunidade do agente culpado”*.

Neste sentido esclarece FRAMARINO DE MALATESTA²⁶, que *“a animosidade pelo ofensor não pode ser considerada como motivo de suspeita contra o ofendido, quanto à designação do delinquente. O ofendido, nessa sua qualidade, não pode ter animosidade senão contra o verdadeiro ofensor; e por isso dizer ao ofendido: - não acreditamos na tua palavra indicativa do delinquente, porque tu, como ofendido tens ódio contra ele – é uma verdadeira e flagrante contradição; é reconhecer a verdade da indicação, querendo tolher-lhe a*

²¹ Código de Processo Penal Comentado – 11ª ed. – São Paulo: RT – 2012 – p. 465.

²² Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 59.

²³ Processo Penal – 3ª ed. – Bauru: Editora Jalovi Ltda. – 1977 – v. III – p. 183.

²⁴ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 55.

²⁵ Código de Processo Penal Anotado – ed. Histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. III – p. 59.

²⁶ Lógica das provas em matéria criminal – vol. 02 – Saraiva – 1960 – p. 123/124.

fê. Quando, pois, a aversão contra o ofensor derivasse de causa estranha ao crime, então a razão de suspeita não estaria mais na qualidade de ofendido, mas na de inimigo, qualidade esta que, como vimos, expondo os critérios gerais em seu lugar, deprecia qualquer testemunho, mesmo de terceiro, e não tem que ver com os motivos de suspeita particularmente inerentes à qualidade de ofendido, dos quais nos ocupamos aqui”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma tal entendimento.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA. SÚMULA N. 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na matéria fática-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

- "A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso" (HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2.8.2010). Agravo regimental desprovido²⁷.

Desta forma, plenamente válida declaração de vítima.

Nota-se que a versão do acusado de que nada sabia sobre a fraude, e que somente emprestou a conta bancária para um conhecido não merece guarida. É certo que a conta bancária é pessoal e intransferível. Não se empresta conta bancária a outrem. Ademais, *in casu*, o valor era bastante elevado – mais de trinta mil reais e sequer foi identificado este sujeito para quem o réu teria cedido os dados bancários.

Justamente por tal motivo é que a diligência requerida pela defesa não se mostra necessária. o réu admitiu ter sim emprestado sua conta bancária a pessoa conhecida. O extrato bancário, ademais, em nada alteraria o deslinde do feito, mas tão somente ratificaria a materialidade já comprovada pelo TED.

²⁷ STJ – AgRg no AREsp 482281 / BA – Rel. Min. Marilza Maynard – Sexta Turma – DJe 16/05/2014.

No mais, não há que se falar em ausência de dolo ou ser mero ilícito civil.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE²⁸, distinguindo estelionato de mero ilícito civil afirma que é “*difícil, por vezes, distinguir se o fato concreto caracteriza o estelionato ou é mero ilícito civil impunível, já que não há, na realidade, diferença ontológica entre eles. Segundo a doutrina não há apenas fraude civil mas sim estelionato quando houver: propósito ab initio do agente de não prestar o equivalente econômico; um dano social e não meramente individual; violação do mínimo ético; um perigo social, mediato ou indireto; uma mise-en-scène para iludir; lucro ilícito e não do negócio etc. Certo é que o mero inadimplemento de um contrato não constitui estelionato. De qualquer forma, é certo que em qualquer negócio jurídico, havendo fraude, pode existir o crime de estelionato*”.

Portanto, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o dolo pré-constituído é imprescindível para delinear a fraude como ilícito penal.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. FRAUDE CIVIL E FRAUDE PENAL.

Ontologicamente não há qualquer distinção entre a fraude civil e a fraude penal, é dizer, uma e outra estão reunidas num mesmo conceito: utilização de meio fraudulentos para a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Não há por assim dizer, diferenças estruturais entre a lesão patrimonial per fraudem realizada quer na esfera civil, quer na esfera penal. A fraude é uma só!

Na hipótese, a simples existência de um contrato de compra e venda entre o paciente e a suposta vítima não afasta a possibilidade de ocorrência do delito de estelionato. É que, não raro, o contrato se presta para a prática do delito. Com efeito, há casos em que o inadimplemento contratual é o efeito de um pré-constituído propósito fraudulento, onde o contrato nada mais é do que o meio utilizado pelo agente para induzir a vítima em erro e obter vantagem ilícita em prejuízo de seu

²⁸ Código Penal Interpretado – 6ª ed – São Paulo: Atlas – 2007 – p. 1587.

patrimônio”²⁹.

“PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - ESTELIONATO - ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE AUTORIA E ATIPICIDADE DA CONDUTA - IMPROCEDÊNCIA - FATOS IMPUTADOS QUE NÃO CONFIGURAM APENAS ILÍCITO CIVIL - RECURSO DESPROVIDO. In casu, existem fortes indícios de que os fatos imputados não configuram, apenas, descumprimento contratual, eis que, aparentemente, o réu agiu ardilosamente, mediante fraude, a fim de obter vantagem indevida em detrimento de pessoas, o que consubstancia não só ilícito civil, mas, também, o crime de estelionato”³⁰.

Também é este o entendimento do Pretório Excelso.

“CRIME DE ESTELIONATO. ELEMENTO MORAL. MENTIRA VERBAL. - EM FACE DO CARÁTER AMPLÍSSIMO DA EXPRESSÃO E "OUTROS MEIOS ASTUCIOSOS", EMPREGADA NO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, E DA AUSÊNCIA DE UM CRITÉRIO CIENTÍFICO QUE ABSTRATAMENTE DISTINGA A FRAUDE PENAL DA FRAUDE CIVIL, E DE ADMITIR-SE A ORIENTAÇÃO DE QUE INCUMBE AO JUIZ, APÓS TERMINADA A INSTRUÇÃO JUDICIAL E EM FACE DELA, DECIDIR SOBRE O GRAU DE CONVENCIMENTO, NO CASO CONCRETO, DA MENTIRA VERBAL E, BEM ASSIM, SE O DENUNCIADO TINHA A IDEIA PRECONCEBIDA, O PROPOSITO "AB INITIO" DE OBTER, PARA SI OU PARA OUTREM, VANTAGEM ILÍCITA, MENTINDO E INDUZINDO EM ERRO A VÍTIMA. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”³¹.

“HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. CHEQUE EMITIDO EM GARANTIA DO DÉBITO. DÍVIDA GARANTIDA EM AÇÃO DE EXECUÇÃO, POR MEIO DE PENHORA. SE HOUE EMISSÃO DE CHEQUE EM GARANTIA DE DÍVIDA, E SENDO MESMO CERTO QUE NA AÇÃO DE EXECUÇÃO, MOVIDA CONTRA O PACIENTE,

²⁹ STJ - HC 76106/CE – rel. Min. Felix Fischer – j. 14.06.2007.

³⁰ STJ - RHC 14819/SP – rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 23.03.2004.

³¹ STF – RHC 59100/MG – rel. Min. Soares Munoz – j. 25.08.1981.

PARA RECEBIMENTO DA DIVIDA, ESTA FOI GARANTIDA MEDIANTE PENHORA DE BEM ANTERIORMENTE A DENUNCIA, NÃO SE TEM COMO CONFIGURADO ILICITO PENAL. TRATA-SE DE DEMANDA QUE HÁ DE TER SEU DESLINDE NO FORO CIVIL E NÃO NO CRIMINAL. PARTICULARIDADES DA HIPÓTESE”³².

No caso em tela o fato de ter sido forjado um leilão e, depois pleiteado valor para desistir demonstra o dolo pré-constituído de modo a caracterizar o delito.

Portanto, devidamente comprovado o estelionato, passo a análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase mantenho o aumento de um sexto em razão do elevado prejuízo, superior a trinta mil reais. Deste modo, mantenho a reprimenda em 01 ano, 02 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase dada a atenuante da menoridade relativa mantenho a pena no mínimo tal como na r. sentença.

Na terceira fase inexistem circunstâncias.

Mantenho o regime aberto fixado.

Em relação à prestação pecuniária, seu escopo é justamente ressarcir a vítima do prejuízo causado que no caso foi de R\$ 31.395,00. Deste modo, não há que se reduzir o valor. Eventuais detalhes sobre as condições do pagamento o acusado pode pleitear na execução penal.

Quanto à condenação em custas, observa-se existir um equívoco entre isenção de pagamento e não condenação.

O artigo 98, §1º, inciso I do Código de

³² STF – HC 63504/PR – rel. Min. Aldir Passarinho – j. 13.12.1985.

Processo Civil (revogou alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50, dentre eles o artigo 12) prevê que a parte beneficiada pela justiça gratuita será condenada em taxas ou custas, ficando o pagamento suspenso até que possa pagá-las sem prejuízo próprio ou da família (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil).

O Pretório Excelso assim entendia quanto ao texto da lei anterior, que foi mantido na atual.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal assentou entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado ao pagamento dos ônus da sucumbência, com a ressalva prevista no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950, que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”³³.

No mesmo sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos exatos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. 3. Ademais, a suspensão do pagamento apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. 4. Agravo regimental improvido”³⁴.

Também prevê o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil que passado o prazo de cinco anos, sem que tenha condições de efetuar o pagamento, ele tornar-se-á prescrito.

Assim, a condenação em custas é de rigor, sendo o pagamento suspenso até que tenha o condenado condições de realizá-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da

³³ STF - ARE 768329 DF – rel. Min. Luiz Fux – j. 11/10/2013.

³⁴ STJ - AgRg no AREsp 282.202/MG – Rel. Ministro CAMPOS MARQUES – QUINTA TURMA DJe 26/03/2013.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

família.

Por tais motivos, a imposição de custas é de rigor quando da condenação, cujo pagamento poderá ficar suspenso, quando da execução, por falta de capacidade econômica.

Nota-se que ao tempo em que vigia o artigo 12 da Lei nº 1.060/50 o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o que se aplica *mutatis mutandis*, para o dispositivo atual:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 12 da Lei 1.060/1950 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988”³⁵.

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR e NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica

³⁵ STF – ARE 643.601-AgR – rel. Min. Ayres Britto - Segunda Turma – Dje 5/12/11.