

Estelionato - Autoria e materialidade comprovadas - Confissão extrajudicial - Retratação parcial em juízo - Irrelevância - Delação de corrêu - Absolvição - Inadmissibilidade - Crime impossível - Art. 17 do Código Penal - Flagrante preparado/forjado - Não ocorrência - Desclassificação para a forma tentada - Não configuração - Mudança da esfera de vigilância dos bens - Consumação - Participação de menor importância - Reconhecimento - Inviabilidade - Prática de atos de execução - Qualidade de coautor - Suspensão condicional do processo - Não cabimento

Ementa: Estelionatos continuados. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Confissão extrajudicial do apelante. Retratação parcial em juízo. Irrelevância. Delação de corrêu. Validade. Absolvição. Impossibilidade.

- Comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos perpetrados, a condenação é medida que se impõe, não merecendo prosperar o pleito absolutório, uma vez que a confissão extrajudicial do réu, parcialmente retratada em juízo, se corroborada com outras provas coligidas sob o crivo do contraditório, sobretudo pela válida delação do corrêu, tem valor probante a embasar a condenação.

Estelionatos continuados. Pretensa desqualificação em função de participação de menor importância. Coautoria. Impossibilidade.

- Impossível que a participação se mostre de menor importância se ao apelante foi atribuída determinada tarefa imprescindível para o sucesso da prática criminosa, quanto mais se há confissão expressa de que sua ação foi desenvolvida para prestar apoio aos demais agentes, ficando patente a hipótese de coautoria, e não de participação.

Estelionatos continuados consumados. Desclassificação para tentativa. Inviabilidade.

- O crime de estelionato consuma-se quando o agente obtém a vantagem econômica indevida, em prejuízo de outrem, ou seja, quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do agente, desimportando, para tanto, o efetivo enriquecimento, bastando o dano patrimonial ao ofendido.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.06.151820-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: José Márcio Borges Júnior - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corrêu: Lindomar Evangelista dos Santos Júnior - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2010. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por José Márcio Borges Júnior contra a sentença de f. 389/396, que julgou par-

cialmente procedente o pedido contido na denúncia, para condená-lo como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, (quatro vezes) c/c o art. 71, ambos do Código Penal, impondo-lhe a pena final de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, esta à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

Entendendo presentes os requisitos legais, o culto Julgador deferiu ao réu a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais (f. 419/438), a defesa requer a absolvição do réu, sob o argumento de ter havido crime impossível, tendo em vista que os agentes da Polícia Federal o seguiram em toda sua trajetória de deslocamento, aguardando do lado de fora da agência dos Correios a retirada das encomendas, em absoluto controle da situação, nos termos do art. 17 do Código Penal. Bate-se ainda a douta defesa pela inexistência de prova da atuação do réu no delito, devendo ser desconsiderada sua confissão policial, visto que feita sem a presença de advogado e sem que tivesse a oportunidade de lê-la, não a respaldando qualquer prova produzida na fase judicial. Alternativamente, pugna a defesa pela desclassificação do crime para a modalidade tentada, ou pelo reconhecimento de mera participação de menor importância, com a consequente suspensão condicional do processo, alegando que o fato de as mercadorias terem sido encontradas em poder do réu não quer dizer que os verdadeiros autores da ação a interromperam, tratando-se de mero partícipe.

O recurso foi contrarrazoado às f. 439/449.

Nesta instância revisora (f. 457/469), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

Passo ao voto.

Preliminarmente, conheço do recurso, presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Nos termos do apelo voluntário, pretende o réu ser absolvido, com base no brocardo *in dubio pro reo*, ou pela configuração de crime impossível. Eventualmente, busca a desclassificação para a forma tentada e o reconhecimento da participação de menor importância, por não ter domínio final do fato, mas se tratava apenas de um laranja.

Narra a denúncia que:

[...] No dia 15.03.2006, por volta das 17h40, o primeiro denunciado foi preso em flagrante delito logo após retirar na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, agência João Pinheiro, fazendo uso de carteira de identidade ideologicamente falsa, encomendas enviadas por Sedex, consubstanciadas em três aparelhos de telefone celular, adquiridos fraudulentamente, via internet, através do site: <www.mercadolivre.com.br>.

No dia anterior, os denunciados já haviam retirado uma outra mercadoria, contendo em seu interior um aparelho telefônico, utilizando o mesmo *modus operandi* acima descrito.

O primeiro denunciado admitiu ter sido contratado por Lindomar Evangelista dos Santos Júnior para fornecer seu endereço residencial em uma transação a ser realizada pela internet, visando à aquisição de telefones celulares. Admitiu, ainda, ter afixado sua fotografia na carteira de identidade em nome de Paulo Roberto Filho (f. 06/07).

O segundo acusado, por sua vez, narrou pormenorizadamente como funcionava a fraude, dizendo ter ido com José Márcio até a agência da EBCT, ocasião em que retiraram um aparelho de telefone celular que ficou em seu poder. Admitiu, ainda, ter conseguido a carteira de identidade em nome de Paulo Roberto Filho (f. 27/29).

De início, quanto à sustentada tese de ocorrência de crime impossível, invocando-se para tanto o art. 17 do Código Penal, trata-se de questão já rebatida, como se vê do julgamento do *habeas corpus* impetrado pelo apelante, decidido às f. 103/105 pelo Juiz Federal, evidenciando-se a inoportunidade de flagrante preparado ou forjado, mas tão somente atividade investigatória da Polícia.

Como venho sustentando, para a existência de flagrante preparado, é indispensável a presença do agente provocador, que, doutrinariamente, é a designação que se dá ao indivíduo que instiga, ou cria as circunstâncias propícias para outrem praticar atos executórios da infração penal, a fim de, ao depois, surpreendê-lo no momento da execução.

Na hipótese dos autos, em momento algum os agentes da autoridade policial induziram o recorrente a praticar o delito em questão.

Ao contrário. Limitaram-se os policiais apenas a observar e seguir o recorrente, em momento algum intervindo na execução do crime, configurando apenas o flagrante esperado, que não tem o condão de tornar impossível a consumação como argumenta a defesa, mesmo porque foi o réu preso na posse das encomendas e da carteira de identidade falsa.

Nesses termos, a conduta delituosa preexistia à ação dos supostos agentes provocadores. Em outras palavras, se a prisão do apelante se deu em decorrência de atividade investigatória da Polícia, não há que se falar em flagrante preparado, mas esperado.

Lado outro, a materialidade delitiva vem consubstanciada pelos autos de apresentação e apreensão de f. 21/23 e 44/46, pela declaração de entrega de celular de f. 29, pela cópia da identidade falsificada de f. 39, pela cópia do e-mail do mercado pago, informando a respeito do pagamento feito em nome de Paulo Roberto, no endereço do apelante (f. 112), pelo comprovante de

envio de correspondência de f. 113, pela cópia de recibo do sacado de f. 114 e pelas cópias da nota fiscal e do comprovante de envio de correspondência de f. 254.

No tocante à autoria, malgrado a defesa do réu tente afastar a condenação, verifica-se que as provas dos autos apontam, de forma cristalina, para o acusado, restando demonstrada a contento, mormente pela confissão policial, com riqueza de detalhes, na presença do advogado João Luiz Pereira:

[...] hoje, por volta das 17h40, descia a Rua João Pinheiro, quando foi abordado dirigindo seu veículo por uma viatura da Polícia Federal; que os policiais, ao darem busca pessoal, encontraram na carteira do interrogado duas cédulas de identidade, uma em nome de Paulo Roberto Filho contendo a sua fotografia e outra em nome de José Márcio Borges Júnior, sem fotografia; que o interrogado disse aos policiais que se chamava José Márcio Borges Júnior; que os policiais encontraram dentro do veículo três caixas de encomendas Sedex, que o interrogado acabara de retirar da agência dos Correios da Rua João Pinheiro, contendo cada, em seu interior, um telefone celular, conforme descrito no auto de apresentação e apreensão; que os telefones celulares não são de propriedade do interrogado; que o interrogado foi contratado pelo seu conhecido de nome Lindomar Evangelista dos Santos Júnior, que possui uma moto e faz serviços de mototáxi, morador do Bairro Alfredo Freire, pedindo-lhe para fornecer seu endereço residencial em uma transação que iria fazer via internet para aquisição de telefones celulares; que, na data de ontem, o interrogado recebeu um aviso dos Correios dizendo que tinha uma encomenda para ser entregue em nome de Paulo Roberto Filho; que o interrogado então entrou em contato com Júnior, perguntando-lhe como retiraria a encomenda em nome de outro, foi quando este lhe entregou a Carteira de Identidade nº MG-13.158.047/SSP/MG, já em nome de Paulo Roberto Filho, contudo, sem fotografia; que o interrogado então colocou sua fotografia na carteira de identidade de Paulo Roberto, usando-a na tarde de ontem para retirar uma encomenda da agência dos Correios; que, na manhã de hoje, por volta das 12h30 o interrogado contactou Lindomar, dizendo que haviam chegado mais três encomendas nos Correios e que iria retirá-las; que o primeiro telefone retirado dos Correios Lindomar acompanhou o interrogado e ficou com a mercadoria, a qual foi arrecadada no dia de hoje pelos Policiais Federais; que Lindomar disse para o interrogado que quem bolava toda a transação via Internet era uma pessoa chamada Maikel, contudo nunca viu tal pessoa, não sabendo fornecer suas características; que o interrogado disse a Lindomar que o fato de usar sua fotografia e uma identidade falsa iria dar boletim de ocorrência, recebendo como resposta que não, visto que a mercadoria já havia sido enviada pelo Correio e era somente retirar; que o lucro obtido pelo interrogado seria a venda dos telefones que coubessem para sua parte, não sabendo quantos viriam, pois, segundo Lindomar, Maikel teria dito que iriam chegar várias mercadorias, dentre elas câmeras de filmar, telefones celulares, máquinas fotográficas, dentre outros aparelhos eletrônicos; que, neste ato, mostrados ao interrogado três recibos de entrega de encomendas dos Correios, reconhece a assinatura contida no mesmo em nome de Paulo Roberto Filho como sendo a mesma que produziu quando da retirada dos telefones [...] (f. 12/13).

Em juízo, sob o patrocínio do mesmo advogado, retratou-se parcialmente o recorrente, sem qualquer justificativa plausível, tentando minimizar sua responsabilidade, mas, por via transversa, deixou clara sua atuação na prática delitativa, visto que reconheceu o engodo utilizado para pegar as mercadorias no Correio, ou seja, passar-se por outra pessoa, para tanto ele mesmo inserindo sua foto no documento original em nome de Paulo Roberto Filho, embora afirmando não ter ciência do caráter ilícito dos objetos retirados e que não receberia vantagem em dinheiro para tal, apenas proposta de emprego:

[...] é parcialmente verdadeira a imputação contida na denúncia; o interrogado relata que, na realidade, entrou em uma 'enrascada' e frisou que não entende nada de computador; que foi procurado por Lindomar Evangelista, segundo acusado, para que lhe fizesse um favor consistente na busca de uma mercadoria, cujo conteúdo ignorava, no dia 14 de março de 2006; a um primeiro instante, não achou estranho o presente pedido, já que se tratava de mercadoria já despachada. Por outro lado, o que realmente o interrogado achou estranho foi o fato de adotar o procedimento relativo à adulteração de uma identidade, vale dizer, a condição para o interrogado apanhar a mercadoria era se passar por uma outra pessoa, de nome Paulo, que constava numa identidade, cuja foto foi substituída pela do interrogado. Resistiu o interrogado em adotar tal procedimento, mas, diante da insistência reiterada do segundo acusado, acabou por decidir em fazer tal favor; esclarece o interrogado que não recebeu proposta em dinheiro para efetuar a aludida operação, mas de outro lado, recebeu proposta de emprego, pois com as mercadorias iria montar uma loja; que, no dia 14 de março de 2006, efetuou a busca da mercadoria na agência dos Correios, ignorando o seu conteúdo, e entregou-a para o segundo acusado. No dia seguinte, por volta das 10h15 da manhã, recebeu um aviso de Sedex e imediatamente entrou em contato com Lindomar e se encontrou com ele; recebeu a mesma proposta do dia anterior, e o interrogado, de igual forma, resistiu igualmente, mas, diante da insistência de Lindomar, acabou efetuando a busca da mercadoria, dizendo que seria a última vez que adotaria tal procedimento. O interrogado tanto no dia 14 quanto no dia 15 não detinha consciência do caráter ilícito do procedimento de adulteração da identidade antes mencionada. Atribui também responsabilidade pelos atos descritos na denúncia à pessoa de Maikel, pois Lindomar estava em realidade prestando favor à sua pessoa pelos fatos ocorridos nos dias 14 e 15 de março de 2006. O interrogado indagado pelo MM. Juiz se teria mais alguma coisa para alegar em prol de sua defesa, afirmou que ficou muito constrangido com tudo o que aconteceu e também diante da repercussão do fato e de sua prisão em flagrante; que, no depoimento prestado perante a Polícia, não teve oportunidade de contactar advogado, aliás, foi proibido de contactar qualquer pessoa no momento em que foi abordado, por volta das 18h até as 2h da manhã, ocasião em que foi transferido de unidade, e, nesse contexto, pôde entrar em contato com a sua mãe e sua esposa [...]; que o interrogado não viu nada de mais em apanhar mercadorias para um conhecido; que os avisos de Sedex vinham em nome da pessoa que constava na identidade adulterada (Paulo); que quem afixou a foto na identidade foi o próprio interrogado; que, apesar de não ter tido

consciência do caráter ilícito do procedimento de adulteração da identidade, o interrogado achou estranho e que poderia dar algum tipo de problema; que ignora o fato de ter chegado mais mercadorias em nome de Paulo no dia 16 de março de 2006 no endereço fornecido pelo acusado [...]; o interrogado não tinha consciência da quantidade e natureza das mercadorias que iriam chegar [...] (f. 125/128).

A confissão extrajudicial do apelante encontra conforço nas demais provas colhidas, a começar pela delação do corréu Lindomar, feita em ambas as fases, respectivamente:

[...] na última segunda-feira, dia 13/03, o interrogado foi procurado por um seu conhecido de nome Maikel, que mora no mesmo Bairro Alfredo Freire, o qual lhe propôs ganhar um telefone celular caso conseguisse o endereço e uma pessoa para retirar algumas encomendas que chegariam pelos Correios; que o interrogado então lembrou de seu conhecido José Márcio propondo-lhe um telefone celular caso ele emprestasse seu endereço para receber umas mercadorias que iriam chegar pelos Correios; que, no dia 14, José Márcio ligou para o interrogado dizendo que havia chegado um aviso de encomenda dos Correios, e, naquele mesmo dia, à tarde, os dois compareceram à agência dos Correios, da Rua João Pinheiro, e retiraram uma caixa de Sedex contendo, em seu interior, um telefone celular; que este telefone ficou em poder do interrogado, sendo o mesmo que nesta data foi entregue pelos seus pais ao policial federal que compareceu em sua casa; que, na manhã do dia 15, hoje, Maikel procurou o interrogado para avisar-lhe que estariam chegando mais encomendas pelos Correios; que foi o interrogado quem arranjou a carteira de identidade em nome de Paulo Roberto Filho, a qual foi usada para retirar as encomendas dos Correios; que Paulo Roberto é um conhecido do interrogado, que deixou a carteira em garantia do empréstimo de R\$ 5,00; que José Márcio tinha conhecimento da irregularidade dos fatos, pois foi o próprio quem colocou a fotografia em lugar da existente na carteira de Paulo Roberto; que, neste ato, o interrogado toma conhecimento do nome completo de Maikel como sendo Aires Maikel Santos Moraes; que era Maikel quem organizava todos os pedidos pela internet e somente comunicava ao interrogado que a entrega iria ser feita no endereço fornecido [...] (f. 34/35).

[...] é verdadeira a imputação contida na denúncia; o interrogado atribui também a responsabilidade pelos fatos ocorridos à pessoa de Maikel; que Maikel, na realidade, foi quem contratou os serviços do interrogado e do primeiro acusado; que a pessoa de Maikel é um mero conhecido do interrogado, tendo uma relação distante com ele. Afirma que foi de inocente em relação aos fatos narrados na denúncia; explica o interrogado que Maikel prometeu benefícios comerciais ao interrogado; que tais benefícios comerciais não induziram na pessoa do interrogado a ciência do caráter ilícito da proposta então acordada [...]; a mercadoria apanhada no dia 14 de março de 2006, consistente num celular, ficou com a pessoa do interrogado; que há uns seis meses atrás Paulo pegou emprestada determinada quantia em dinheiro do interrogado e, em garantia, lhe entregou a sua identidade; foi assim, então, que o interrogado conseguiu a identidade de Paulo; que, no dia 14 de março de 2006, foi juntamente com o primeiro acusado apanhar a mercadoria perante os Correios; que, no dia 15 de março de 2006, por outro lado,

não pôde acompanhar o primeiro acusado aos Correios, por razões de trabalho; que o interrogado não efetuou qualquer pedido de mercadoria pela internet [...] (f. 129/131).

Incontestavelmente, as declarações de corréu, quer na fase indiciária, quer na fase judicial, têm pleno valor probatório quando, sem intuito de beneficiar-se, confessa sua participação nos fatos incriminados, envolvendo também os que neles cooperaram como autores, desde que, evidentemente, essa admissão de culpa encontre respaldo nos demais elementos de convicção, como no caso concreto, em que o próprio apelante, por via transversa, deixou clara sua participação nos fatos, como visto alhures.

Sobre o tema, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Delação do co-réu. Condenação baseada no conjunto probatório: possibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Ordem denegada. [...]

3. Firme, também, o entendimento deste STJ quando a inexistência de nulidades decorrente da delação do co-réu, desde que o decreto condenatório seja lastreado, também, em provas outras.

4. Precedentes deste STJ e do STF.

5. Ordem denegada (STJ - HC 40984-RJ - 6º T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU de 15.08.2005).

Habeas corpus. Delação de co-réu. Inocorrência. Apelação. Acréscimo de fundamentação. Cognição ampla. Ordem denegada.

1. Não há falar em nulidade, quando o decreto condenatório, também se encontra fundamentado em provas outras, diversas da confissão do co-réu (HC 76.156/SP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ de 08.05.98) [...].

3. Ordem denegada (STJ - HC 24780-MS - 6º T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU de 10.05.2004).

E as provas não param por aí.

O menor que acompanhava o réu, quando este retirou as mercadorias em questão, no Correio, confirmou o fato, lembrando-se de que o segundo saiu do referido local com três caixas de papelão, escrito Sedex, sendo abordado e preso por policiais, após abrirem-nas e certificarem-se de que continham um celular em cada (f. 24/25).

Segundo informou o policial condutor, Antônio Pinto de Souza Júnior, no auto de prisão em flagrante delito, durante investigações acerca de pagamentos simulados pela internet, chegou até o endereço do apelante, este que no dia anterior recebera mercadoria no Correio, lesando o patrimônio do vendedor, e, no dia da prisão, seguido pelos policiais, foi flagrado se deslocando novamente à agência dos Correios, onde resgatou três encomendas Sedex, para tanto, valendo-se de carteira de identidade falsa, em nome de Paulo Roberto Filho. Afirmou, ademais, que o réu delatou todo o esquema e os demais envolvidos, evidenciando que quem o contratara para pegar as encomendas seria o corréu

Lindomar, este que disse ter sido contratado por Aires Maikel Santos Moraes (f. 08/10).

Sob o crivo do contraditório, o condutor confirmou integralmente seu relato anterior, salientando, ainda, que ambos os réus admitiram a responsabilidade delituosa perante a autoridade policial (f. 306).

Ratificando integralmente as palavras do condutor, os testemunhos dos agentes da Polícia Federal, Marco Paulo Fernando França e Daniel Castanheira (f. 11).

João Mosca Sobrinho, uma das vítimas da fraude pela internet, deixou claro não haver recebido o valor correspondente à mercadoria que vendeu através do Mercado Livre, embora a tenha despachado após mensagem de pagamento feito pelo comprador (f. 253, ratificando em juízo, à f. 335).

Por seu turno, a tia do réu, ouvida na fase judicial, disse não haver presenciado os fatos, limitando-se a atestar a boa conduta social do mesmo e a afirmar que ele não tem computador em casa (f. 356).

Nesse contexto, em que pese a visão da defesa, a retratação parcial do apelante em juízo não suscita a suposta ausência de provas, nem o almejado reconhecimento de mero inadimplemento de negócio cível, mormente quando a confissão deste, perante a autoridade policial, mostra-se harmônica com os demais elementos sensíveis dos autos, demonstrando, à saciedade, terem sido as vítimas enganadas mediante falsa compra através do Mercado Livre, sendo muito comum o temor decorrente da própria imposição condenatória em função das consequências naturais para a liberdade individual.

Devo ressaltar que o réu estava acompanhado de advogado, que inclusive assinou a confissão espontânea policial, e, prestando informações, evidenciou o Delegado de Polícia ser inverídica a afirmação de que manteve afastado o causídico, conforme se vê às f. 209/212.

Como venho sustentando, aquele que confessa, ao se retratar, tem o dever de demonstrar que a prova foi obtida de forma ilícita ou espúria, ou demonstrar sua correspondente imprestabilidade para fins axiológicos de fundar o convencimento, por sérios elementos de convicção.

No caso dos autos, o réu apresenta justificativa que não corresponde à realidade, já que foi desmentido pela autoridade policial, que deixou clara a presença do advogado do réu na ocasião, tanto que, juntamente com ele, assinou o termo respectivo.

O art. 200 do Código de Processo Penal prescreve que a confissão é divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Assinala Tourinho Filho que, além de divisível, a confissão é retratável. O seu valor, entretanto, é relativo. Tanto na confissão como na retratação, o juiz tem abso-

luta liberdade de pôr em confronto a confissão ou a retratação com os demais elementos de prova carreados aos autos a fim de constar sua veracidade (*Código de Processo Penal comentado*, 5. ed. atual., p. 405).

O elemento fundamental da confissão, como de qualquer ato jurídico, repousa numa vontade livre e consciente. Se mentalmente capaz o confitente, a retratação somente poderá ser aceita se evidenciada ter sido gerada pela influência de qualquer uma das causas que viciam a vontade, quais sejam erro, dolo ou coação.

Sempre louvável a lembrança da preciosa lição de Ferri:

[...] o réu inocente tem sempre uma atitude retilínea, como o vôo da andorinha. O réu culpado, ao invés procede em ziguezague; tergiversa, contradiz-se, procura remediar as mentiras tornadas patentes; tem, sempre, uma atitude sinuosa, como o vôo do morcego (*Defesas penais*. 1925, v. 2, p. 289).

Segundo o escólio de José Frederico Marques:

[...] o inocente negará a imputação e poderá fazê-lo com absoluta competência, porque nenhum crime praticou. Ao culpado, a situação se apresentará mais difícil, porque a sua negativa mentirosa o obriga a rodeios e ginástica de dialética que acabarão por deixar vestígios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais (*Elementos de direito processual penal*. Editora Bookseller, p. 299).

Também nesse ponto, vale invocar elucidativo esclarecimento do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira, cuja obra é marcada pela sensatez e pelo equilíbrio. Acerca da valoração do interrogatório, diz o mestre que:

[...] se o acusado prefere oferecer a sua versão dos fatos, esta, a autodefesa ativa, se submeterá ao exame de sua pertinência e validade probatórias, em confronto com os demais elementos de convicção constantes nos autos (*Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 302).

E, mais à frente, conclui o brilhante doutrinador que é: “[...] inquestionável o fato de ser admissível a valoração do depoimento, até mesmo em prejuízo do réu, diante de eventual inconsistência” (ob. cit.).

De fato, verifica-se que a nova versão do réu em juízo se encontra totalmente desamparada de qualquer outro elemento de convicção porventura colhido, sendo as provas e as circunstâncias em que ocorreram os fatos contundentes no sentido de atribuir a ele a autoria das ações criminosas continuadas.

Do mesmo modo, a pretensão da defesa de afastar a autoria do delito ancorada na tese de participação de menor importância não tem sustentação.

De acordo com as provas colhidas e a própria confissão e delação levadas a efeito nestes autos, o apelante estava ajustado previamente para as práticas delitivas

com o menor infrator A.M.S.M., este que, agindo como *hacker*, manteve em erro vendedores anunciantes da página da internet Mercado Livre, para tanto, valendo-se da imprescindível colaboração do réu para o sucesso das empreitadas criminosas, já que sua tarefa era buscar as mercadorias no Correio, valendo-se de uma identidade falsa e fornecendo o seu endereço, não havendo que se falar que nada sabia da conduta delitiva por este último desenvolvida, sendo descabida, pois, a pretensão de aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal.

Na lição de Nilo Batista:

Só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato: desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio integral do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o se e o como; apenas, em face da operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se, entretanto, afirmar com Roxin que 'cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, através de sua função específica na execução do sucesso total, porque, se recusasse sua própria colaboração, faria fracassar o fato' (*Concurso de agentes*. 1979, p. 77).

Por sua vez, Rogério Greco afirma que:

Se autor é aquele que possui o domínio do fato, é o senhor de suas decisões, co-autores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão co-autores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo [...].

Em última palavra, podemos falar em co-autoria quando houver a reunião de vários autores, cada qual com o domínio das funções que lhe foram atribuídas para a consecução final do fato, de acordo com o critério de divisão de tarefas (*Curso de direito penal*. 2003, p. 481-482).

Cezar Roberto Bitencourt, dissertando sobre a coautoria, aduz que ela se fundamenta no princípio da "divisão de trabalho" em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente autor (*Tratado de direito penal*, 2003, v. 1, p. 389-390).

As provas colhidas nos autos não deixam sombra de dúvida de que o réu colaborou de forma decisiva para a prática dos estelionatos continuados, praticando, inclusive, atos de execução, tanto que ele mesmo colocou a foto na carteira de identidade de terceiro para que conseguisse dar conclusão à fraude iniciada pelo menor A., de modo a tornar patente que deve responder pelo delito, na qualidade de coautor, restando descabido o pleito de aplicação do § 1º do art. 29 do Código Penal

em seu favor e, por conseguinte, de suspensão condicional do processo, com base na Lei Federal 9.099/90.

Tampouco há que se reconhecer a tentativa no caso dos autos, uma vez que o réu, anteriormente à sua prisão em flagrante, já tinha recebido outra mercadoria, além do que as vítimas sofreram prejuízo com a ação dos agentes, e, como ensina Mirabete,

[...] consuma-se o crime de estelionato quando o agente obtém a vantagem econômica indevida, em prejuízo de outrem, ou seja, quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do agente [...]. Irrelevante, para a consumação, o efetivo enriquecimento do agente, bastando o dano patrimonial ao ofendido (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 1.104-1.105).

Ficou patente, em outras palavras, que as mercadorias já tinham saído da esfera de vigilância e disponibilidade das vítimas, o que, sem dúvida, caracteriza a consumação do crime e inviabiliza a pretensa redução de pena pela figura da tentativa.

Logo, vistas sob todos os ângulos, não há como prevalecerem as pretensões recursais.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO e FLÁVIO LEITE.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.