

Estelionato - Privilégio - Impossibilidade - Prisão em flagrante da acusada - Apreensão das mercadorias objeto do delito - Prejuízo - Aferição no momento da consumação - Penas alternativas - Substituição por *sursis* - Inviabilidade - Art. 77, III, do CP - Pena-base - Fixação exacerbada - Redução - Necessidade

Ementa: Penal. Estelionato. Privilégio. Restituição da *res*. Ausência de prejuízo. Inadmissão. Ressarcimento em decorrência da ação da polícia. Prejuízo. Aferição no momento da consumação. Penas alternativas. Substituição por *sursis*. Impossibilidade. Inteligência do art. 77, III, do CP. Pena-base fixada de forma exacerbada. Redução. Necessidade. Recurso provido em parte.

- A figura do estelionato privilegiado não se caracteriza pelo ressarcimento ou restituição da coisa, pois o pequeno valor do prejuízo dever ser aferido no momento da consumação do crime.

- Não se concede o benefício do *sursis* quando cabível a substituição da pena corporal por medida restritiva de direitos, segundo a inteligência do art. 77, III, do Código Penal.

- É de ser reduzida a pena-base fixada acima do mínimo legal se as circunstâncias judiciais são, em sua totalidade, favoráveis à acusada.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0625.10.006864-6/001
- Comarca de São João del-Rei - Apelante: I.J.T.C. -
Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
- Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de fevereiro de 2013. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação interposto por I.J.T.C., em face da sentença de f. 129/137, que a condenou - como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal - à pena total de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, em regime aberto, e, ao final, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 10 de junho de 2010, por volta das 11h45, na loja Vitor Calçados, situada na Rua Marechal Deodoro, nº 140, Centro, na Cidade de São João del-Rei, teria a apelante, com o propósito de obter para si vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante meio fraudulento, efetuado a compra de calçados em nome de terceiro, ou seja, de M.C.A.

A denúncia foi recebida em 22 de junho de 2010 (f. 43).

A acusada I.J.T.C. foi regularmente citada (f. 58), tendo apresentado resposta à acusação às f. 63/64.

Designada a audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas 6 (seis) testemunhas (f. 94/100). Depois, interrogou-se a acusada (f. 101/102).

O Ministério Público apresentou alegações finais às f. 115/118; e a defesa, às f. 120/127.

A sentença foi publicada em cartório em 17 de junho de 2011 (f. 138).

Inconformada, apelou a defesa (f. 139), pretendendo, em síntese: a) o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 1º do art. 171 do Código Penal; b) a redução da pena-base aplicada; e c) a suspensão condicional da pena (f. 146/150).

Em contrarrazões, o Ministério Público de 1º grau pugnou pelo não provimento do recurso (f. 152/157).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, pugnou pelo provimento parcial do recurso (f. 167/170).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A materialidade delitiva encontra-se comprovada nos autos pelo auto de prisão em flagrante delito de f. 4/10, pelo boletim de ocorrência de f. 11/14 e pelo auto de apreensão de f. 17.

A autoria delitiva, por sua vez, também se encontra devidamente demonstrada nos autos - em especial diante declarações da vítima (f. 94), firmemente corroborada pela prova testemunhal (f. 95/98). Tanto é assim que a defesa não traz a tese de negativa de autoria nas razões recursais.

Data venia, vejo que labora em evidente equívoco o ilustre defensor. Em verdade, o nobre causídico pretende o reconhecimento, em favor da apelante, da causa especial de diminuição de pena, conhecida por estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do CP), cujo dispositivo legal faz expressa remissão ao art. 155, § 2º, do Código Penal, nos seguintes termos:

§ 1º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

Creio que a utilização da expressão "art. 155, § 2º" induziu a erro o defensor, que, equivocadamente, *data máxima venia*, entendeu por bem pedir a desclassificação do fato para o delito previsto no art. 155 do Código Penal.

Portanto, recorre a defesa para ver reconhecido o privilégio, nos termos do art. 171, § 1º, do CP, ao argumento de que a vítima não experimentou prejuízo algum, em razão da devolução dos bens obtidos com o delito.

Entendo, contudo, que a figura do estelionato privilegiado não se caracteriza pelo ressarcimento ou restituição da coisa, pois o pequeno valor do prejuízo dever ser aferido no momento da consumação do crime.

Evidente que a inexistência absoluta de prejuízo decorreu da pronta ação da polícia, que logrou êxito em prender a acusada em flagrante delito. Nesses casos, tem a jurisprudência afastado o privilégio, com base no argumento da inexistência de prejuízo, até porque se considera o prejuízo no momento da consumação, não em momento posterior. Nesse sentido:

Embora o agente seja primário, não há como reconhecer a figura do estelionato privilegiado se não ocorreu o ressarcimento do dano, mas sim apreensão pela polícia dos bens obtidos fraudulentamente (RT 741/611).

Em se tratando de estelionato, a apreensão dos objetos adquiridos e sua devolução à vítima não caracterizam o pequeno prejuízo ou a forma privilegiada, se o ressarcimento não revela espontaneidade (JUTACRIM 87/32).

Assim, no estelionato, o momento próprio para a avaliação do prejuízo causado à vítima é o da consumação do delito, pois, do contrário, eventual ressarcimento posterior sempre significaria a incidência do privilégio, descaracterizando, assim, a figura do *caput* do art. 171 do CP.

Nesse sentido é a lição de Júlio Fabbrini Mirabete (em *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992, 2º volume, p. 278):

Tratando-se de delito instantâneo, que se consuma com a lesão patrimonial, é no momento da consumação que se deve averiguar o prejuízo para o efeito de aplicar-se ou não a minorante como já se decidiu inclusive no STF (RTJ 102/1.162; RT 442/90, 547/355).

É também o magistério de Rogério Sanches Cunha:

[...] a maioria fala em valor que não suplante um salário mínimo (a ser apurado na data da consumação) (*Curso de direito penal*. 4. ed., 2012, p. 340).

Portanto, o efetivo valor do prejuízo, para os efeitos do § 1º do art. 171 do CP, é o sofrido pela vítima no momento em que o crime se perfaz. A recuperação das mercadorias objeto do delito não altera o valor do prejuízo que se verificou na consumação do crime.

Por tudo isso, não reconheço, em favor da acusada, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 1º do art. 171 do Código Penal, uma vez que os produtos, objeto do delito, foram avaliados em R\$965,50 (noventa e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos), valor este bem superior ao do salário mínimo vigente à época do delito, não podendo, portanto, ser considerado de pequeno valor o prejuízo.

A defesa, também, pretende a concessão da suspensão condicional da sua pena, no lugar das penas restritivas de direitos. Todavia, é absolutamente improcedente por força do que dispõe o art. 77 do Código Penal. Nos termos do dispositivo:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. [...]

Depreende-se da redação do artigo que a possibilidade de substituição da pena, conforme prevista no art. 44 do Código Penal, afasta, de plano, a suspensão condicional da pena, desde que a referida substituição seja a medida mais indicada ou cabível para o caso.

Sobre o tema, ensina Cezar Roberto Bitencourt a respeito dos pressupostos objetivos para a concessão do benefício do art. 77 do Código Penal:

Deverá o magistrado também verificar se, no caso concreto, não é indicada ou cabível pena restritiva de direitos. Da conjugação dos arts. 44 e 77, III, ambos do Código Penal, conclui-se que a aplicabilidade de penas restritivas de direitos afasta automaticamente a possibilidade de suspensão condicional da pena.

O legislador brasileiro partiu do raciocínio de que as penas restritivas de direitos são de 'menor rigor repressivo'. E em regra até são, diante da nova regulamentação do *sursis* exigindo o cumprimento de penas restritivas de direitos no primeiro ano do prazo (art. 78, § 1º, do CP), como uma das condições obrigatórias à suspensão. Porém, nem sempre a espécie de pena restritiva de direitos aplicada em substituição à privativa de liberdade é mais benéfica (*Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 683).

Nada obstante o argumento aduzido pela defesa da apelante de que ela preenche os requisitos do art. 77 do Código Penal, verifico não ser o caso, porque cabível a substituição.

Todavia, no que se refere à pena, a decisão reclama alteração.

É que, ao contrário do que entendeu o douto Sentenciante, todas as circunstâncias judiciais se mostram favoráveis à acusada, devendo a pena-base, portanto, ser fixada no mínimo legal. Vejamos:

A culpabilidade não é elevada, estando dentro dos padrões de normalidade.

Quanto aos antecedentes, conforme se vê na CAC de f. 110/111, a acusada não registra nenhuma condenação definitiva, de modo que, por isso, tal circunstância judicial deve ser sopesada em benefício da acusada.

Do mesmo modo, a conduta social e a personalidade favorecem a apelante, não havendo nos autos elementos suficientes para aferi-las.

Já os motivos são ínsitos ao tipo penal, enquanto as circunstâncias do crime nada apresentam de extraordinário.

Por fim, as consequências do delito não se mostram graves, uma vez que os objetos subtraídos foram restituídos à vítima, e o comportamento da vítima não influenciou a ação da acusada.

Dessa forma, redimensiono a pena-base para o mínimo legal e, ausentes outras circunstâncias a considerar, concretizo a reprimenda da apelante em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Mantenho o regime aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, cujas condições serão definidas no Juízo da Execução Penal, em audiência admonitória a ser designada.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena da apelante para 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Custas, pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...