ANTONIO CARLOS TOVO LOUREIRO

**Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento
Jurídico-Penal Brasileiro**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Miguel Reale Júnior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2014**

ANTONIO CARLOS TOVO LOUREIRO

**Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento
Jurídico-Penal Brasileiro**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Prof. Dr. Miguel Reale Júnior.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2014**

AGRADECIMENTOS

Uma investigação científica de fôlego, como a que é requerida para uma tese de doutoramento, exige empenho físico e mental do pesquisador.

Na tortuosa caminhada que se inicia no cumprimento dos créditos e encerra-se na arguição da tese pela banca final, há pessoas cujo precioso auxílio não fica devidamente registrado nas páginas do trabalho final. Contudo, sem a participação delas, o esforço do acadêmico teria sido muito maior, com um resultado possivelmente menos positivo. Faço aqui o devido registro e agradecimento, já que sua presença ficou marcada nos pensamentos que foram vertidos para o papel.

Primeiramente, agradeço a Miguel Reale Júnior por aceitar-me como seu orientando, pela sua colaboração na delimitação do tema, pelas constantes indicações, críticas e sugestões ao longo do trabalho que permitiram-me desenvolver a ideia. Conviver com o Prof. Reale Júnior é um permanente aprendizado, não só por seu notório conhecimento de Direito Penal, mas também por sua fina inteligência e larga sabedoria de vida. Abstenho-me de maiores elogios a meu orientador, em que pese merecidos, pois ele é ciente da admiração e amizade que por ele nutro.

Agradeço aos professores Alamiro Velludo Salvador Netto e Renato de Mello Jorge Silveira pelas preciosas contribuições na banca de qualificação.

A Ney Fayet Júnior, com o qual tomar mate sempre foi profícua fonte de leituras, considerações e trocas de ideias sobre o desenvolvimento da pesquisa.

À Profa. Judith Martins-Costa, pelas precisas colaborações na incursão ao direito dos contratos.

Ao Prof. Vittorio Manes, pela gentil acolhida na Universidade de Bologna e pelas indicações bibliográficas.

Aos Profs. Luciano Da Rosa e Paulo Mac-Donald, pelas leituras, revisões e discussões do argumento central, assim como por suas valiosas indicações de referências bibliográficas.

A Daniel Zaclis e Conrado Almeida Corrêa Gontijo, anfitriões, amigos de todas as horas, pelos momentos que compartilhamos as angústias e alegrias deste singular momento de aprimoramento acadêmico.

Aos amigos que a São Francisco trouxe para minha vida: Fernanda Regina Vilares, Pedro Almeida Castro, Ricardo Sidi e Andrey Borges de Mendonça.

À minha sócia Emília Klein Malacarne, companheira da trincheira da advocacia criminal, pelos aconselhamentos sábios, pelas vezes que a tese me fez deixá-la sozinha no navio, pelas atentas releituras dos capítulos e pelas revisões com olhos de lince, nem sempre nos momentos mais oportunos.

A Carlos P. Thompson Flores, pelo auxílio com a obtenção de material bibliográfico, pela ajuda na triagem de acórdãos para pesquisa empírica, pelo otimismo constante e pela amizade.

Aos amigos Alexandre Schubert Curvelo, Alexandre Câmara Côrrea Pasqualini, Alexandre Mariotti, Alexandre Wunderlich, Fabiano de Bem da Rocha, Pedro Augustin Adamy, pelo exemplo de brilhantismo e de afeto, que me deu forças para prosseguir na jornada.

E por fim, à minha doce esposa Mariana, pela angústia compartilhada, pelo apoio incessante e pelo tempo que a dedicação à tese sacrificou do nosso amoroso convívio.

São Paulo, Dezembro de 2014.

RESUMO

A presente tese de doutoramento busca analisar a conformação do estelionato contratual no Direito Penal brasileiro. Esta análise será quadripartida: são apresentados os elementos normativos do estelionato convencional, em especial o elemento subjetivo do tipo e o bem jurídico tutelado; são delineados alguns elementos da teoria dos contratos, os quais serão utilizados para identificar os deveres contratuais em determinados eventos de fraudes; demonstrado suficientemente o marco teórico, propõe-se a formatação do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal, a partir das lições extraídas das jurisprudência espanhola e italiana; por fim, são examinadas decisões judiciais de Cortes brasileiras, pretendendo-se encontrar problemas na aplicação da figura delitiva, encerrando-se com algumas propostas oriundas da filosofia do Direito. O principal objetivo da tese é, por meio do aprofundamento teórico da modalidade denominada estelionato contratual, a partir das lições de Direito comparado, assimilar criticamente a categoria na tessitura jurídico-criminal brasileira, com vistas a incrementar o grau de coerência nas decisões dos operadores legais.

Palavras-chave: Estelionato – Estelionato contratual – Direito Penal – Teoria dos contratos

RIASSUNTO

La presente tesi di dottorato ricerca la conformazione della truffa contrattuale nel diritto penale brasiliano. Questa analisi sarà quadripartita: sono appresentati i elementi normativi della truffa convenzionale, in speciale il elemento soggettivo della fattispecie e il bene giuridico tutelato; sono delineati alcuni elementi della teoria dei contratti, i quali saranno utilizzati per identificare i doveri contrattuali in determinati eventi di frode; dimostrato sufficientemente il marco teorico, è suggerita la formattazione della così detta truffa contrattuale nell'ordinamento giuridico, con basi nella giurisprudenza della Suprema Corte spagnola e della Corte di Cassazione italiana; per fine, sono esaminati decisioni delle Corti brasiliani, aspettandosi trovare problemi nella applicazione della fattispecie. Si cerca di concludere con alcuni prospettive oriunde della filosofia del diritto. Il principale obiettivo della tese è, per mezzo dell'approfondimento dogmatico della modalità denominata truffa contrattuale, a partire delle lezioni del diritto comparato, promuovere la assimilazione critica della categoria nella tessitura giuridico criminale brasiliana, aspettando incrementare il grado di coerenza nelle decisioni degli operatori legali.

Parole-chiave: Truffa – Truffa contrattuale – Diritto penale – Teoria dei contratti

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	ESTRUTURA DOGMÁTICA DO ESTELIONATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	13
2.1	EVOLUÇÃO DA CONFIGURAÇÃO TÍPICA DO ESTELIONATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	13
2.2.	ELEMENTOS NORMATIVOS DO DELITO DE ESTELIONATO.....	18
2.2.1.	A evolução do conceito penal de patrimônio.....	18
2.2.2	Bem jurídico tutelado.....	25
2.2.2.1	Premissas necessárias sobre bem jurídico.....	25
2.2.2.2	Individualização do bem jurídico do estelionato.....	29
2.2.2.3	Tráfego social como bem jurídico.....	31
2.2.2.4	Confiança como bem jurídico.....	31
2.2.2.5	Liberdade de disposição como bem jurídico.....	34
2.2.3	Conclusão parcial: caráter pluriofensivo do estelionato.....	35
2.3	ARTIFÍCIO, ARDIL E INDUÇÃO EM ERRO.....	37
2.3.1	O silêncio como ardil.....	41
2.3.2	Erro: a falsa representação da realidade pelo ofendido.....	43
2.3.3	Sujeitos ativo e passivo.....	46
2.4	LIMITES ENTRE A FRAUDE CIVIL E A FRAUDE PENAL.....	46
2.4.1	O estelionato sobre objeto ilícito: a torpeza dúplice de agente e ofendido.....	50
3	FUNDAMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO DO ESTELIONATO CONTRATUAL: IMBRICAÇÕES ENTRE O DIREITO CONTRATUAL E O DIREITO PENAL.....	56
3.1	DA FORMAÇÃO DO CONTRATO.....	57
3.2	AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE CONTRATUAL.....	64
3.3	INTERPRETAÇÃO E EFEITOS DO CONTRATO CONFORME O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	69
3.4	ACEPÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DOLO NO DIREITO CIVIL.....	75
3.4.1	Modalidades de dolo.....	76
3.4.2	Dolo informativo.....	79
3.5	A UTILIDADE DA TEORIA DOS CONTRATOS COMO DELINEADORA DO ALCANCE DO ESTELIONATO CONTRATUAL.....	82
4	DENSIFICAÇÃO DO ESTELIONATO CONTRATUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	85
4.1	A UTILIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE O ESTELIONATO ORDINÁRIO E O ESTELIONATO CONTRATUAL.....	85

4.2 A CONTRIBUIÇÃO DA PRÁTICA JUDICIAL ESPANHOLA À CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL NO BRASIL.....	87
4.3 A CONTRIBUIÇÃO DA PRÁTICA JUDICIAL ITALIANA À CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL NO BRASIL.....	96
4.3.1 Dever de informar/boa-fé.....	97
4.3.1.1 Silêncio na jurisprudência italiana.....	97
4.4 SINGULARIDADES DO BEM JURÍDICO NO ESTELIONATO CONTRATUAL.....	99
4.5 DELINEAMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	103
4.6 MAIS ALGUMAS NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE A ILICITUDE CIVIL E A ILICITUDE CRIMINAL: PAPEL DO ELEMENTO SUBJETIVO NO ESTELIONATO CONTRATUAL.....	107
4.6.1 Especificidades da indução em erro no estelionato contratual.....	111
4.6.2 A obtenção de vantagem ilícita em detrimento ao patrimônio alheio na dinâmica do estelionato contratual.....	114
4.6.3 Relevância da omissão no estelionato contratual e a importância do “dever de informar”	116
5 LEVANTAMENTO EMPÍRICO DA PRAXE JUDICIAL BRASILEIRA EM MATÉRIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL: DIAGNÓSTICO E HORIZONTES.....	122
5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	122
5.1.1 Detalhamento Metodológico.....	122
5.2 ESTUDO DE CASOS.....	124
5.2.1 Diferenças entre ilícito civil e ilícito penal.....	124
5.2.2 Inadimplemento Contratual X Prejuízo ensejado por delito.....	127
5.2.3. Dolo antecedente.....	132
5.2.4 Fraude.....	136
5.2.5 Indução e manutenção em erro.....	138
5.3 MEIOS DE INFILTRAÇÃO DA CATEGORIA NA CULTURA JUDICIAL	139
5.3.1 Breve histórico das ideias de vinculação da decisão do juiz criminal.....	139
5.3.2 Contributos de filosofia e teoria do Direito para o entranhamento da categoria na praxe judicial brasileira.....	142
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
REFERÊNCIAS.....	153

1 INTRODUÇÃO

Cogitar-se de um trabalho que traga nova luz sobre o estelionato soa um pouco insólito. No Brasil, desde o período colonial, já havia a previsão incriminadora da conduta similar nas Ordenações Filipinas, no Livro 5, título 65, o qual incriminava as rubricas de *burla* ou *inlício*, isto é, fraudes que objetivavam obter benefício econômico em negociações, atingindo a *fortuna alheia*. A denominação típica nos termos do que se utiliza atualmente surge no Código Criminal de 1830, sob inspiração do Direito Romano.

Nas sucessivas codificações penais de 1891 e de 1940, segue existindo o tipo legal, alinhando-se ao modelo francês de *escroquerie* em 1891 e ao modelo italiano de *truffa* em 1940. Assim, embora com algumas reengenharias normativas, a mencionada figura penal pertence a nosso arcabouço jurídico desde os tempos coloniais.

Ao lado do aspecto legal, há um indelével componente cultural que acompanha a conduta delitiva que é objeto de estudo. Afirmam DAMATTA¹ que há permanente tensão entre os campos da formalidade e da informalidade no contexto social brasileiro, por isso, no espaço formado entre esses polos contrários que sistemas como o nosso engendram o campo social do *jeitinho* e da *malandragem*. O antropólogo ainda afirma que é nesse campo que nascem “os Pedros Malasartes e todos nossos despachantes, essas figuras que se doutoraram nas práticas das leis em suas consequências cotidianas, determinadas não mais pelos altos ideais em que foram inspiradas, mas por sua confusa e complexa aplicação aos casos concretos”. Não é por acaso que a tradição medieval lusitana descreve Pedro Malasartes como um *burlão*.

O estelionato perpetua-se no cotidiano brasileiro não apenas ao longo de diferentes codificações e momentos históricos², como também habita o caldo cultural

¹ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 297. DAMATTA assim conclui este raciocínio: “Mas o paradoxo de tal sistema é que o caminho aberto pelo pessoalismo e pelo jeitinho que a ele corresponde, só conduz ao rompanete jurídico desenfreado, com todas as suas conhecidas consequências: falta de confiança, excesso exegético, zelo desmedido e falso pela coisa pública, enfim, tudo o que coloca o indivíduo como um criminoso em potencial e que o leva de volta aos braços do sistema pessoal do *jeito* e do despachante”.

² REALE JÚNIOR assevera que o direito é produto indissociável do seu momento histórico-cultural: “A norma constitui o momento culminante de um processo no qual estão em contínua tensão fato e valor. Antes, porém, da elaboração normativa há uma vivência do direito, espontânea e imediata. O direito se faz ato e se atualiza cotidianamente, realizando-se na experiência concreta. Se o mundo circundante condiciona a vida social e, logicamente, um dos seus elementos que é o direito, este se revela como reflexo desse todo cultural, de modo originário, na vivência cotidiana, já dotada de certa objetivação, tendendo à ordem e à ordenação das vontades”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 25)

do senso comum, sintetizado nas figuras do *malandro*, do *jeitinho*. Em matéria de introjeção cultural, o estelionato ocupa, na mentalidade popular, posição de igual escala que a corrupção dos agentes público. A figura do vigarista constitui em uma das facetas do malandro. Oportuna a definição do conto-do-vigário, afirmada por um ladrão do início do século XX: “*É um laço armado com habilidade à boa fé do próximo ambicioso. É o caso em que os espertos se fazem tolos e o tolo quer ser esperto*”³.

Em razão dos anos de tipificação legal e de seu entrosamento com a mentalidade do senso comum, surpreende que sejam encontradas, entre os trabalhos de doutrina jurídica especializada, poucas obras que aprofundem a abordagem do estelionato. Arrisca-se dizer que, após a tradicional tese *Fraude penal*⁴, escrita por HUNGRIA como requisito para obtenção da Cátedra de Direito Penal na Faculdade Nacional de Direito no ano de 1934, quase nenhum trabalho centrou esforços no aprofundamento sobre o estelionato. É peculiar também que a obra de HUNGRIA, sem desmerecer o insigne penalista, siga sendo hoje uma referência obrigatória quando aborda-se a temática da fraude criminal.

Por outro lado, caso tome-se como parâmetro a produção intelectual sobre a mesma modalidade criminosa em países de tradição jurídica semelhante – v.g., Portugal, Espanha, Itália e Alemanha – há constantes publicações direcionadas, inovações de abordagens e críticas sobre as interpretações judiciais do estelionato. Este contexto faz acreditar que tal figura delitiva foi relegada a um segundo plano doutrinário, talvez decorrente de um consenso que examinar a temática seria malhar em ferro frio, pois estaria esgotado o avanço possível neste terreno árido, no qual dificilmente haveria avanço dogmático a ser apresentado.

Precisamente das elaborações do Direito comparado provém a linha de raciocínio que instiga a presente tese. Principalmente nos sistemas jurídicos espanhol e italiano há intenso debate, jurisprudencial e doutrinário, sobre a categoria denominada **estelionato contratual**. Em linhas gerais, trata-se de um estelionato cuja maquinação

³ O historiador DIAS JR. realizou um estudo sobre golpes e mentalidades em São Paulo, no qual descreve um episódio peculiar: “*O carioca Vicente Reis trabalhava havia cerca de três anos como delegado de polícia quando publicou, em 1903, a obra Os Ladrões no Rio; nela, fazia uma espécie de inventário em que descrevia os crimes então mais frequentemente cometidos na cidade e relacionava os nomes dos marginais responsáveis por eles. Grande parte das informações contidas, admitia o próprio autor, adivinham das revelações de um antigo ladrão que se tornara mais conhecido como “Dr. Cornélio” é de autoria deste definição verdadeiramente lapidar para conto-do-vigário: ‘É um laço armado com habilidade à boa fé do próximo ambicioso. É o caso em que os espertos se fazem tolos e o tolo quer ser esperto’*”. (DIAS JÚNIOR, José Augusto. *Os Contos e os Vigários: golpes, trapaças e mentalidades em São Paulo, 1930-1960*. Tese de Doutorado – IFCH/UNICAMP. Campinas: 2003. p. 13)

⁴ . HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1934.

ardilosa é instrumentalizada pelo contrato. Tal denominação inicia a ser utilizada por penalistas italianos dos anos 1960 e a partir disso é assimilada pelos operadores do direito, possuindo ampla utilização em decisões judiciais, até os dias atuais, conforme será exposto no capítulo respectivo.

A partir desta linha temática, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: na tênue linha que separa os atributos de um ilícito contratual e de um crime, existem graves problemas na prática judicial, especialmente no que diz respeito aos requisitos conformadores do estelionato. Desta forma, condutas que não deveriam ser criminalizadas são, e fatos que caracterizariam estelionato são tratados como meros inadimplementos negociais.

Eis o problema de pesquisa. A hipótese de trabalho é que, por meio do aprofundamento dogmático do estelionato contratual, discutindo-se alguns de seus tópicos mais polêmicos e atuais no Direito comparado, pode-se aos poucos disseminar a categoria, que auxiliará na eleição da solução jurídica mais equânime para estes casos fronteiriços. Evidentemente, como se fala de internalização de elementos já trabalhados na tradição estrangeira, este trabalho será orientado pelo necessário crivo crítico que deve estar imbricado na adaptação da categoria, sem se pensar aqui em uma subserviência doutrinária ou metodológica à dogmática europeia.

Ao lado da parca discussão do estelionato na doutrina brasileira nos últimos anos, há um outro problema que assola a aplicação do delito pelos tribunais: o estelionato tornou-se uma espécie de delito-tampão, no dizer de FIANDACA e MUSCO⁵, no qual, com certo grau de distorção hermenêutica, são enquadradas condutas das mais variadas formatações. Podem-se citar como exemplo as fraudes informáticas, os estelionatos contra a Administração Pública (Previdência Social figura como alvo dos mais frequentes nesta espécie), assim como as tradicionais fraudes do dia-a-dia, o golpe do bilhete premiado e até fraudes mais elaboradas, como as que ocorrem em grandes contratações internacionais.

Por outro lado, há um crescimento da procura da esfera criminal, em razão da morosidade cada vez maior da justiça civil e contendas que poderiam facilmente ser resolvidos na esfera de Direito Privado são indevidamente trazidos para o Direito Penal. A maior celeridade da justiça criminal também representa um foco de pressão a ser

⁵ FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale parte speciale. I delitti contro il patrimonio*. v. II. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2009. p. 174-5

aplicado na contraparte, de maneira a viabilizar e apressar uma solução compositiva no juízo cível.

Há um alerta que é realizado ao longo do texto, que no entanto deve ser exposto desde o início ao leitor. É difícil para um estudioso do sistema penal comprometido com uma visão liberal de Direito Penal – portanto residual e minimalista – trabalhar com a “criação” de uma categoria delitiva, porquanto existe a impressão que se está a contribuir para a expansão do já tão inflado sistema punitivo. Esta preocupação será encontrada algumas vezes em pontos do trabalho, pois realmente pensa-se que a categoria pode servir para restringir o impacto da norma penal, na medida em que garante subsídios heurísticos ao julgador que queira certificar-se da correção do silogismo típico da conduta que é levada para seu julgamento.

Não há como não recordar da advertência de BINDER⁶, que ponderava que aquele que estudar um objeto como o sistema jurídico-penal deve cercar-se dos mesmos cuidados do fabricante de guilhotina: fascinar-se pela madeira, pelo brilho da lâmina e pelo funcionamento das engrenagens e mecanismos, olvidando-se que, ao final, alguém perde a cabeça. A expectativa daquele que estuda uma figura penal, propugnando sua adoção, é que não esteja apaixonado por seu tema a ponto de esquecer a que fins ele se presta, ficando apenas a admirar seu funcionamento em um ambiente controlado.

Para abordar o tema proposto e submeter a hipótese à verificação dialética, dividiu-se a tese em quatro segmentos. No primeiro, são abordados aspectos dogmáticos do estelionato em geral, trazendo-se algumas inovações dos autores mais atuais na matéria. No segundo, articulam-se alguns elementos da teoria dos contratos, que servirão para identificar casos de estelionato contratual e soluções da esfera extrapenal para a relação entre as partes. No terceiro capítulo, é enfocado o estelionato contratual com maior atenção, no qual serão expostas as premissas para implantação da modalidade no Direito Penal brasileiro. No quarto capítulo, são expostas algumas decisões judiciais, que colocam a hipótese de trabalho à prova, para, ao fim, estudar maneiras que a filosofia do Direito e a filosofia política poderiam respaldar a penetração do conceito nas Cortes brasileiras.

⁶ BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. trad. de Fernando Zani e revisão Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

2 ESTRUTURA DOGMÁTICA DO ESTELIONATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 EVOLUÇÃO DA CONFIGURAÇÃO TÍPICA DO ESTELIONATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Uma das temáticas mais complexas dentre os delitos patrimoniais pertence aos aspectos dogmáticos do estelionato, interpretado dentro de seu contexto no arcabouço normativo brasileiro. Embora sua previsão típica tenha ocorrido quando da publicação da Parte Especial do Código Penal em vigor (o diploma anterior também já continha a figura delitiva), há aspectos normativos inerentes à espécie, de significativa repercussão empírica, que merecem ser discutidos e aprofundados mesmo passados todos esses anos. A título de exemplificação, podem-se mencionar as diferentes possibilidades de objetividade jurídica do delito, os limites conceituais do engano típico ou, até mesmo, eventual configuração de estelionato a partir de conduta imprudente.

Historicamente, a produção de engano com vistas a auferir vantagem ilícita por muitos séculos não possuiu tipificação específica. MANTOVANI⁷ ensina que no direito romano clássico tal ação era comumente capitulada como *furtum* ou como *falsum*. No período imperial, surgiu a figura delituosa do *stellionatus*, destinada a ocupar lacunas não cobertas pelo *falsum* e pelo *furtum*, mas que aplicava-se a fatos estranhos à configuração atual do estelionato. O direito medieval manteve a confusão entre *falsum* e estelionato. Foi na doutrina alemã dos séculos XVII e XVIII que o estelionato adquiriu maior complexidade dogmática. Sua primeira aparição na codificação do Direito Penal moderno ocorreu no Código napoleônico, de 1810, sob o *nomen iuris* de *escroquerie*.

Com relação à conduta atualmente incriminada no Brasil, deve-se assinalar que a formulação trazida pelo art. 171 do Código Penal⁸ vigente alicerça-se sobre quatro

⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*. 4.ed. CEDAM: Pádua, 2012. p. 198

⁸ Assim enuncia o *caput* do dispositivo: “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa”.

pilares-mestres: ardil, erro, vantagem ilícita e prejuízo. Esta é a configuração tradicional da conduta, assim definida por REALE JÚNIOR⁹:

O estelionato (...) constitui um polinômio, composto pelos elementos ardil ou fraude, que induz ou mantém alguém em erro, estabelecendo-se no plano psicológico uma relação causal entre o ardil e o erro, levando a pessoa à qual se dirige o ardil a praticar um ato de disposição, que conduz à obtenção de uma vantagem econômica ilícita de um lado e causa um prejuízo patrimonial de outro.

O estelionato insere-se no Título II da Parte Especial do Diploma repressivo, o qual regula os crimes contra o patrimônio. Embora possa parecer insignificante, sua topografia legal já traz em si um dado digno de nota. A referida conduta delitiva não somente avulta o rol de crimes contra o patrimônio, mas foi precursor da construção teórica de uma acepção jurídico-criminal de patrimônio, o que será aprofundado adequadamente em tópico próprio.

Deve-se assinalar que a fórmula delitiva em vigência representa um significativo aprimoramento da estrutura normativa, se cotejada com dispositivo correspondente do Código Penal da República da Espada (Decreto nº 847 de 1890), em razão da adoção de uma concepção aberta de estelionato. O estelionato, no referido Código, possuía nítida inspiração no modelo francês da *escroquerie*¹⁰, o qual caracteriza-se por elencar uma série de hipóteses fáticas que atrairiam a aplicação da norma penal. À mesma forma, o art. 338 do Código Penal de 1890¹¹ elencava dez

⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa e direito penal. In: Miguel Reale; Miguel Reale Júnior; Eduardo Reale Ferrari. (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004. p. 247.

¹⁰ O Código Penal Francês prevê a mencionada conduta no art. 313-1. Textualmente: *De l'escroquerie. Article 313-1: L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.*

L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.

¹¹ Para fins de melhor comparação, transcrevem-se as condutas que atrairiam a incidência do estelionato no Decreto nº 847/1890:

“DO ESTELLIONATO, ABUSO DE CONFIANÇA E OUTRAS FRAUDES

Art. 338. Julgar-se-ha crime de estellionato:

1º Alhear a cousa alheia como propria, ou trocar por outras as cousas, que se deverem entregar; 2º Alhear, locar ou aforar a cousa propria já alheada, locada ou aforada; 3º Dar em caução, penhor, ou hypotheca, bens que não puderem ser alienados, ou estiverem gravados de onus reaes e encargos legaes e judiciais, affirmando a isenção delles; 4º Alhear, ou desviar os objectos dados em penhor agricola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoraticia; 5º Usar de artificios para surprehender a boa fé de outrem, illudir a sua vigilancia, ou ganhar-lhe a confiança; e induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito;

condutas sob o título de *estelionato*, *abuso de confiança* e *outras fraudes*. Tal dispositivo foi duramente criticado pela doutrina, cumprindo mencionar excerto da obra de GALDINO SIQUEIRA¹² a este respeito:

Quanto ao art. 338, em um estreito casuismo, ha conglomerado de figuras diversas, das quaes, não reunindo todos caracteristicos do estelionato, se vêm as dos ns. 6, 7 e 9, e finalmente, o n. 5 encerra uma formula mais geral para conceituar o estelionato, e que assim, pelo seu proprio caracter de generalidade, nota muito bem JOÃO VIEIRA, devia preceder ou succeder a todas as outras e mesmo constituir uma disposição separada destas, quando, entretanto, no meio dessas disposições ficou afogada. Pelo systema esquisito adoptado pelo código, fica cada numero do art. 338 consagrando uma disposição independente, que deve ser applicada, sem coordenação com a regra mais geral do n. 5 do mesmo artigo.

Consoante os ensinamentos do insigne penalista, ao invés de o legislador de 1890 compor uma definição global de estelionato – o que acontece de maneira aproximada no parágrafo nº 5 –, há uma preferência por se realizar uma listagem de alternativas, as quais são arroladas nos parágrafos que compõem o art. 338. Tal estrutura acabou por gerar uma confusão interpretativa, pois a disposição geral, que seria o fio condutor, restou embretada pelo rol excessivo.

Outra crítica possível ao diploma anterior, por vezes lançada ao delito correspondente francês, é que o exercício legislativo de tentar açambarcar as modalidades na qual ocorrerá subsunção da figura criminal nunca conseguirá acompanhar o dinamismo da realidade empírica. Em decorrência disso, a melhor

6º Abusar de papel com assignatura em branco, de que se tenha apossado, ou lhe haja sido confiado com obrigação de restituir, ou fazer delle uso determinado, e nelle escrever ou fazer escrever um acto, que produza effeito juridico em prejuizo daquelle que o firmou; 7º Abusar, em proprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiencia de menor, interdicto, ou incapaz, e fazel-o subscrever acto que importe effeito juridico, em damno delle ou de outrem, não obstante a nullidade do acto emanada da incapacidade pessoal; 8º Usar de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, ou de qualquer ardil para persuadir a existencia de empresas, bens, credito, influencia e supposto poder, e por esses meios induzir alguém a entrar em negocios, ou especulações, tirando para si qualquer proveito, ou locupletando-se da jactura alheia; 9º Usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não puder satisfazer ou cumprir; 10. Fingir-se ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as funções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade; 11. Alterar a qualidade e o peso dos metaes nas obras que lhe forem encommendadas; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras de valor inferior; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino objectos de diversa qualidade:

Penas – de prisão celllular por um a quatro annos e multa de 5 a 20 % do valor do objecto sobre que recahir o crime.

Paragrapho unico. Si o crime do numero 6 deste artigo for commettido por pessoa a quem o papel houvesse sido confiado em razão do emprego ou profissão, ás penas impostas se accrescentará a de privação do exercicio da profissão, ou suspensão do emprego, por tempo igual ao da condemnação.

¹² SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. v. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 751-2.

técnica legislativa recomenda a redação de tipos penais abstratos, aos quais serão amoldados ou não os casos criminais analisados pelo aplicador.

Existe uma tendência doutrinária¹³ de classificar as tipificações internacionais de estelionato a partir de dois tipos emblemáticos, obtidos no direito comparado: o modelo alemão e o modelo francês.

O modelo alemão de *Betrug*¹⁴ proscreve a conduta daquele que obtém vantagem indevida a partir da criação ou manutenção de um engano da vítima, que provoca a disposição patrimonial induzida por erro. Não há exigência legal de qualquer qualificação específica desse engano, o qual simplesmente deve recair sobre fato. O engano sobre juízos de valor não serve para incidência típica, em virtude do elevado grau de subjetivismo de que partem tais análises.

Por seu turno, a figura criminal francesa já citada de *escroquerie* alicerça-se a partir da enumeração de situações típicas. O tipo penal francês exige uma qualificação do engano, que será cristalizado em manobras fraudulentas, utilização de nome ou de qualidade falsa ou abuso de qualidade verdadeira. O casuísmo não é exemplificação da regra geral, mas uma exigência típica a indicar que o engano depende de *mise en scène*.

PASTOR MUÑOZ¹⁵ realiza uma classificação das fórmulas de estelionato existentes na Europa a partir destes dois grandes gêneros: *escroquerie* e *Betrug*. Entre outros tantos, a autora associa o modelo italiano ao gênero francês; assim, ampliando a linha de raciocínio da autora, também o modelo brasileiro atual perfilar-se-ia à *escroquerie*, em razão de exigir um engano mais sofisticado.

De acordo com a autora espanhola, ocorre uma permanente tensão dialética entre esses dois grandes modelos. O exemplo alemão preconiza a objetividade; o exemplo francês preconiza a subjetividade. Estas variáveis incidem tanto sobre a ação

¹³ PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 264.

¹⁴ Assim prescreve o §263 do StGB: **§263 Betrug** - *Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

¹⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria. *op.cit.*, p. 267.

daquele que perpetra o engano quanto sobre o patrimônio que é objeto da violação. Assim, dentro de sua lógica, o modelo brasileiro seria de maior subjetividade.

Mais que estudar o estelionato em todas suas facetas, o intento da presente tese é cingir-se à modalidade específica que pode ser denominada *estelionato contratual* ou *estelionato negocial*. Este é um conceito com alguma tradição dogmática no Direito Comparado, pouco trabalhado na doutrina pátria. O aprofundamento teórico dessa modalidade pode auxiliar na identificação e reorientação de equívocos na aplicação deste delito pelas Cortes brasileiras.

O estelionato contratual difere da modalidade mais usual do estelionato pela inovação quanto ao meio: no estelionato contratual, o instrumento do embuste materializa-se em contrato celebrado entre agente e vítima. Sua principal característica é que o dolo da prática delitiva já estava presente antes mesmo da celebração do negócio jurídico. Em outras palavras, o agente realiza o contrato sabendo, de antemão, que não irá cumpri-lo em sua integralidade.

A conduta a ser analisada toma maior gravidade no contexto econômico que se vive: é fato notório que as relações jurídico-econômicas¹⁶ gradualmente tornam-se mais e mais complexa, especialmente com o evoluir da técnica. Neste espectro, a aceleração e a volatilização dos vínculos são características inerentes à sociedade contemporânea e produzem efeitos deletérios em valores basilares como segurança jurídica e liberdade de pactuar.¹⁷

O contexto de relações e negócios cada vez mais intrincados, velozes e numerosos acarreta problemas em searas variadas do Direito, pois trata-se de instrumento destinado a dirimir contendas de um tempo social lento. A progressiva

¹⁶ No campo do direito econômico, FARIA realiza interessante análise sobre a adaptação dos instrumentos jurídicos à nova realidade econômica: “Evidentemente, se a crescente interconexão dos setores monetários nacionais com os mercados financeiros internacionais engendrou novas realidades organizacionais, administrativas e políticas, era inevitável o surgimento de novos atores no campo do direito, de novas figuras ou institutos jurídicos e de novas modalidades de contratos. Nesse contexto em que os horizontes de valorização do capital tendem a ser cada vez mais curtos e submetidos às mais variadas contingências e em que a interdependência e a complexidade econômicas tornam difícil calcular as conseqüências das decisões e seus riscos, quais são as instituições e os mecanismos de regulação mais apropriados? Que formas eficientes de governança correspondem à crescente desterritorialização e autonomia das transações financeiras? E de que modo a crise financeira de 2007-2008 afetou o processo de consolidação de um direito supranacional e intergovernamental?” (FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 8).

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

complexidade¹⁸ dos negócios jurídicos na economia contemporânea torna o contrato um meio bastante eficaz de induzir a vítima ao engano, pois a elaboração de um acordo de vontades confere ao evento uma aparência de hipotética formalidade.

O estelionato, em sua configuração convencional, consiste na subtração patrimonial que se perpetra a partir da colaboração do ofendido, que não é submetido a nenhuma violência física ou moral, mas está investido de uma distorcida representação da verdade, porquanto age em erro. Em sua versão contratual, o estelionato plasma-se em um vício da plena vontade de um dos contratantes, que contribui para que o outro lese sua esfera patrimonial. A liberdade de disposição¹⁹ do sujeito passivo é gravemente afetada.

Ainda que se almeje realizar um estudo direcionado, não é possível fazê-lo sem estabelecer os parâmetros da modalidade geral que são tomados como pressupostos. Para bem interpretar a modalidade específica, faz-se necessário dissecar os elementos conformadores do gênero da conduta delitiva, estudando-os analiticamente.

2.2 ELEMENTOS NORMATIVOS DO DELITO DE ESTELIONATO

2.2.1 A evolução do conceito penal de patrimônio

Bem compreender o bem jurídico tutelado é tarefa primordial para o estudo do delito. Nessa esteira, é importante visualizar a genealogia do patrimônio enquanto interesse digno de tutela jurídico-criminal. A evolução do conceito de patrimônio e seu gradual descolamento da ideia de propriedade é narrada por SALVADOR NETTO²⁰ como um dos fatores a identificar o estelionato como o crime paradigma de toda a concepção contemporânea dos crimes patrimoniais.²¹

¹⁸ A respeito da relevância dos contratos na economia atual, oportuna a análise de ZYLBERSZTAJN: “Destaco aqui o papel do contrato não apenas para servir de suporte para esforços conjuntos de produção diferidos no tempo, mas também para nos servir de indicador das estratégias traçadas pelas organizações ou firmas do mundo real”. (ZYLBERSZTAJN, Décio. *Análise econômica dos contratos*. In: GORGA, Érica e PELA, Juliana Krueger. *Estudos avançados de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 37).

¹⁹ SAMMARCO, Giorgio. *La truffa contrattuale*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 28.

²⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2013.

²¹ “Como poderá ser percebido ao longo das muitas teorias relacionadas à construção da noção de patrimônio em direito penal, pode-se dizer que tal definição cuida do ponto essencial na *construção da*

Não é novidade a discussão sobre o compartilhamento de conceitos entre esferas diferentes do Direito. Há algumas gerações, a maneira como deve ser feita a transposição de conceitos civilísticos para o universo do Direito Penal intriga os penalistas. Nesse particular, a respeito do conceito de patrimônio, basicamente duas vertentes se formaram: a que acredita que o direito penal deve adotar integralmente os conceitos do direito civil, abarcando-os sem modificação, e a que pugna que o instituto em questão deve ser adaptado e interpretado a partir da específica lente do direito penal.

Tal contraste é nítido tanto na doutrina nacional como na internacional, como se denota das lições diametralmente opostas de HUNGRIA²² e CHOCLÁN MONTALVO²³: enquanto o primeiro aduz que o direito penal, “na defesa do patrimônio (...) nada tem de *constitutivo*: é apenas *sancionatório* de normas do direito privado”, o segundo, sobre o tema, assevera: “*En cualquier caso, el Derecho Penal no se ofrece como una disciplina meramente sancionatoria reforzando a través de la pena criminal preceptos establecidos en el marco del Derecho privado*”.

A esse respeito, de grande valia é o diagnóstico de SALVADOR NETTO²⁴:

De fato, se não é adequado amarrar o conteúdo das normas penais em proposições do Direito Privado, não parece correto um esforço para evitar identidades. Esta infiltração do conteúdo do Direito Civil ou Comercial no âmbito penal é de todo positiva, já que outorga coerência ao ordenamento jurídico como um todo e, ao mesmo tempo, traz segurança jurídica ao salientar a firmeza e o caráter uníssono dos institutos.

Sem embargo, é cediço que propriedade, posse e patrimônio são termos cunhados e desenvolvidos sob o marco do direito privado, mas cuja utilização é indispensável para o aplicador que deseja bem interpretar, v.g., os delitos patrimoniais. O conceito tomado como base será essencial para a definição das fronteiras do prejuízo econômico e do engano típico.

dogmática do crime de estelionato, sendo tantas vezes construída à margem dos delitos contra a propriedade.” (SALVADOR NETTO, *op.cit.*, p. 67). No mesmo sentido: “*La teoría está de acuerdo en que el concepto penal de patrimonio surge de las exigencias dogmáticas del delito de estafa, sin que la noción civil de patrimonio resulte de utilidad a la hora de su eventual trasplante al Derecho Penal*”. (CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2009. p. 63).

²² HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Vol. XII. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 6.

²³ CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 64.

²⁴ SALVADOR NETTO, *op.cit.*, p. 46

Antes de mais, é de se destacar que a rubrica “crimes contra o patrimônio”, constante do Título II da Parte Especial do atual Código Penal (arts. 155 a 180), difere daquela do antigo Código de 1890²⁵: “crimes contra a propriedade”. Ainda sob uma ótica meramente civilista, tal alteração se mostrou conceitualmente²⁶ acertada, na medida em que *propriedade* designa “estritamente, o domínio pleno ou limitado sobre as coisas (direitos reais); mas, também, todo e qualquer interesse de valor econômico (avaliável em dinheiro)”²⁷, enquanto que *patrimônio*, na consagrada lição de BEVILÁQUA²⁸, seria “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”.

²⁵ Na Itália, o desenvolvimento dessa rubrica se deu de maneira idêntica: “*La rubrica del tit. XIII libro II c.p. del 1930, ‘Dei delitti contro il patrimonio’, sostituisce quella adottata dal codice Zanardelli per il corrispondente tit. X, cioè ‘Dei delitti contro la proprietà’. Si tratta, come si legge ne Relazione al progetto definitivo, di una variazione terminologica: dettata cioè dallo scopo di evitare che vengano definiti ‘contro la proprietà’ illeciti che offendono diritti ed interessi di altro tipo, con altro nomen – altri diritti reali, il possesso di patto separato dalla proprietà, nonché, in taluni casi, i diritti di obbligazione*”. (CANESTRARI, Stefano; GAMBERINI, Alessandro; INSOLERA, Gaetano; *Et alli. Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*. 4ª ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2006. p. 520). Por outro lado, o Código Penal francês, também em seu *Titre II*, ostenta a expressão “*délits contre les biens*”. A evolução desse tópico, em França, é narrada por VÉRON: “*(...) les crimes et délits contre les biens restent socialement très importants en raison de leur fréquence et de leur impact auprès des victimes directement atteintes dans leur droit de propriété. Historiquement, on constate en ce domaine une évolution que l’on peut résumer par les deux considérations suivantes. D’une part, les atteintes grossières aux biens sous forme de pillages, incendies ou destructions, les atteintes « matérielles », sont en régression au profit des atteintes « juridiques » plus subtiles. Les délinquants cherchent plus à s’approprier tout ou partie du patrimoine d’autrui qu’à le détruire et cette observation a d’ailleurs guidé le législateur dans l’adoption du plan de classement ces infractions. D’autre part, les délinquants ont sans cesse imaginé des procédés d’atteinte nouveaux ou profité d’innovations techniques pour mettre en oeuvre des formes d’appropriation non visées par les textes en vigueur et ne pouvant faire l’objet de poursuites en raison du principe d’interprétation stricte des textes portant des incriminations. Le législateur a donc été amené à multiplier les infractions par un travail d’analyse et de différenciation dans les qualifications. A cet égard, il convient de noter que les infractions retenues dans le Code pénal ne constituent qu’une partie – le droit commun – de celles qui sanctionnent les atteintes aux biens. Elles doivent être complétées par d’autres infractions qui relèvent plus précisément du droit pénal des affaires : infractions en matière de sociétés, banqueroute ou infractions boursières*”. (VÉRON, Michel. *Droit pénal spécial*. 8ª ed. Paris: Armand Colin, 2001. p. 191).

²⁶ Assim ponderam CANESTRARI, GAMBERINI e INSOLERA: “*(...) la variazione terminologica da ‘proprietà’ a ‘patrimonio’ viene vista come il segno linguistico di una variazione sostanziale: l’oggetto della tutela non si concretizza più nel diritto soggettivo di proprietà, nella relazione fra un soggetto e le cose, bensì nelle cose in se stesse*.” (CANESTRARI, *op.cit.*, p. 520).

²⁷ HUNGRIA, *op.cit.*, p. 5.

²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5ª Ed.. São Paulo: Atual, 1951. pp. 209-210. No mesmo sentido, e abraçando o já exposto conceito de Clóvis Beviláqua, THOMPSON FLORES aduz: “Em sua mais tradicional acepção, patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Clóvis Beviláqua o definiu como ‘a projeção econômica da personalidade civil’”. (THOMPSON FLORES, Paulo R. M. *Direito Civil*. Parte Geral. Das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 458).

Portanto, tem-se, classicamente e na esteira de HUNGRIA²⁹, que o patrimônio compreende:

a) a propriedade material (sobre coisas físicas) e os direitos reais em geral (jura in re); b) a propriedade imaterial ou sui generis (direito autoral, privilégio de invenção, direito de marca, etc.); c) a posse (juridicamente protegida em obséquio à propriedade, de que é o exercício, real ou aparente); d) os direitos de crédito ou obrigacionais (jura ad rem).

Não obstante, um aporte tal quanto à noção de patrimônio não parece prestar-se por inteiro ao âmbito do Direito Penal. Afirma-se isto porque, ao contrário do conceito privatístico, o patrimônio, para fins penais, engloba também bens de valor afetivo.

Com efeito, em se tratando de “crimes contra o patrimônio”, o valor patrimonial do bem não corresponde necessariamente ao seu valor econômico, e, por via própria de consequência, dano patrimonial não é sinônimo de dano econômico. O primeiro compreende o segundo, possuindo uma maior extensão, pois diz respeito também a objetos insuscetíveis de escambo. Preleciona HUNGRIA³⁰ a este respeito:

embora a predominante do elemento patrimonial seja seu caráter econômico, o seu valor traduzível em pecúnia, cumpre advertir que, por extensão, também se dizem patrimoniais aquelas coisas que, embora sem valor venal, representam uma utilidade, ainda que simplesmente moral (valor de afeição) para o seu proprietário.

De fato, deve-se a BINDING³¹ a primeira formulação de um (i.) *conceito jurídico de patrimônio*. Dirigindo-se particularmente aos penalistas, essas foram as suas

²⁹ HUNGRIA, *op.cit.*, p. 5. THOMPSON FLORES oferece um breve panorama: “resulta do fato de que o homem, vivendo em sociedade, vai, ao longo da vida, participando de relações jurídicas, das quais muitas possuem expressão econômica e que vão aderindo à personalidade jurídica daquele indivíduo. Representa, portanto, a totalidade dos bens de caráter econômico, pertencentes a uma pessoa, sejam materiais ou corpóreos, tais como casa, automóvel, joias, dinheiro etc; sejam imateriais, ou incorpóreos, como direitos autorais, créditos, obrigações etc.”. E continua: “Daí se deduz que o patrimônio não abrange a totalidade das relações jurídicas do indivíduo, posto que refere-se àquelas dotadas de expressão econômica, sabendo-se que outras relações há que estão inseridas em sua esfera jurídica, sem que, no entanto, produzam repercussão econômica direta. Assim, não integram o patrimônio os direitos da personalidade (direito à vida, à honra, à privacidade), bem como os chamados direitos puros família (poder familiar, o estado de filho), os direitos políticos (direito de votar e ser votado) e todos aqueles que não manifestarem direta expressão econômica. Por isso a distinção que se faz entre *direitos patrimoniais* e *extra-patrimoniais* (...)” (THOMPSON FLORES, *op.cit.*, p. 458).

³⁰ HUNGRIA, *op.cit.*, p. 08. Idêntica linha segue a opinião de Antolisei: “O patrimônio não compreende apenas as relações jurídicas economicamente apreciáveis – isto é, os direitos que são avaliáveis em dinheiro – senão também os que versem sobre coisas que têm valor de afeição (recordações de família, objetos que nos são caros por motivos especiais, etc)”. (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, P.E., 1954, Vol.I*, p. 189).

³¹ BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer teil. Erster Band. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902.

palavras: “Für den Kriminalisten wird das Vermögen eines Rechtssubjekts gebildet aus der Summe aller seiner Vermögensrechte und –Pflichten”³² (grifo nosso). Em seguida, embora havendo por fixada a ideia de patrimônio como essa soma de todos os direitos e deveres patrimoniais, o jurista alemão revela que o objeto ofendido nos delitos patrimoniais jamais poderia a totalidade – ou melhor, uma massa de valores unitária –, mas, sim, o componente (elemento ou objeto) especificamente atacado³³ (“Das Vermögen als eine einheitliche Wertmasse ist nie Angriffsobjekt des Verbrechens”).³⁴

Entretanto, com o desenvolvimento de posteriores teorias, essa concepção sofreu algumas objeções, principalmente no que concerne à já referida distinção entre delitos contra a propriedade e contra o patrimônio. Da mesma forma, sofreu críticas quanto à sua ineficácia na proteção de bens econômicos “no concretados en derechos subjetivos”³⁵.

Eis aí está o cerne da dificuldade em se obter um conceito unitário de patrimônio, na medida em que árdua a tarefa de conglobar, sob esta mesma rubrica, a diversidade de delitos nela especificados. É o magistério de SALVADOR NETTO³⁶:

Nos denominados crimes patrimoniais, o conceito de bem jurídico está obrigado a reunir, se quiser manter seu aspecto unitário, tutelas a objetos muito diferentes, os quais reúnem desde a propriedade em seu sentido mais tradicional de direito real até a lisura negocial na celebração de contrato. É este alargamento de situações fáticas diferenciadas que coloca em dúvida a utilidade – ou mesmo a possibilidade – de somente uma ferramenta interpretativa, qual seja, um conceito único de patrimônio capaz de adaptar-se a toda esta diversidade casuística.

A fim dirimir essas discrepâncias, vejamos, pois, as demais propostas conceituais de patrimônio para o direito penal:

(ii.) o *conceito econômico de patrimônio* considera simplesmente o viés monetário dos bens, vale dizer, aquilo que pode ser traduzido em pecúnia, de maneira

³² *Idem, ibidem*, p. 238.

³³ “Daraus erhellt schon, daß es nie im Ganzen, sondern stets nur in seinen Bestandteilen angegriffen werden kann, und daß jede ‘Verletzung eines Vermögensrechtes’ im Gegensatz zu den rechtlich gestatteten Veränderungen im Bestande eines Vermögens eine Vermögensverletzung bedeutet, mag auch gleichzeitig an anderer Stelle ein Rechtszuwachs eintreten.” (*Idem, ibidem*, p. 238).

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 238.

³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 66.

³⁶ SALVADOR NETTO, *op.cit.*, p. 65.

que estariam excluídos deste espectro, por exemplo, os direitos que entremeiam as relações entre pessoas e coisas. Pode-se dizer, portanto, que, para a teoria econômica, patrimônio seria, simplesmente, “o conjunto dos bens com valor monetário de uma pessoa” (“*die Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person*”)³⁷, entendimento que, a nosso sentir, carece de suporte, “sendo incapaz de perceber a existência de uma antijuridicidade geral, isto é, de uma unidade normativa que atravessa todos os ramos do direito”³⁸.

(iii.) o *conceito misto* (ou *jurídico-econômico*) de *patrimônio* trata de oferecer uma visão agregadora dos aspectos relevantes e coerentes das duas teorias acima expostas. É a concepção que encontra, dentre as construções dogmáticas, maior aceitação e, de acordo com SALVADOR NETTO³⁹, seria “a mais adequada ferramenta de interpretação dos delitos desta natureza”. Para além da neutralidade do conceito meramente econômico, aqui teríamos patrimônio como a soma dos bens postos à disposição de uma pessoa sob a proteção do ordenamento jurídico (“*unter dem Schutze der Rechtsordnung*”).⁴⁰ Vale dizer, mantém-se da teoria econômica a limitação de patrimônio aos bens que possuam um valor economicamente avaliável, mas a relação de domínio ou de poder que liga o sujeito ao bem deve estar reconhecida pelo Direito.

41

(iv.) Por fim, o *conceito pessoal de patrimônio*, concepção moderna que visa a corrigir determinadas falhas da vertente jurídico-econômica, introduz a subjetividade como elemento a permitir a proteção da liberdade de disposição patrimonial. Com isso, o que se pretende é, para a análise do prejuízo ou dano, levar em consideração não

³⁷ JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*. 8 Auflage. München: C. H. Beck, 2009. p. 606.

³⁸ SALVADOR NETTO, *op.cit.*, p. 326.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 326.

⁴⁰ JOECKS, *op.cit.*, p. 606. CHOCLÁN MONTALVO adverte que esta concepção também foi sustentada por WELZEL, na Alemanha, e, em geral, é a mais presente a doutrina espanhola. (CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 68). SALVADOR NETTO, a esse respeito, arremata: “Ainda que esta concepção tenha redundado, num orimeiro momento, na bipartição entre crimes contra o patrimônio (*crimes patrimoniais em sentido estrito*) e crimes contra a propriedade (*crimes patrimoniais em sentido amplo*), além de apresentar construção de variados matizes, cuida-se daquela que melhor permite a identificação coerente da natureza patrimonial dos objetos materiais subjacentes aos tipos incriminadores. A exigência de danos de expressividade econômica, mesmo em delitos de apoderamento, pode permitir a superação desta mencionada cisão dos crimes patrimoniais em duas categorias diversas, promovendo, em razão disso, a elaboração, sempre almejada pela doutrina, de um conceito unitário de patrimônio em matéria criminal”. (SALVADOR NETTO, *op.cit.*, p. 326).

⁴¹ CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 68.

apenas uma valoração econômica, mas também a finalidade do negócio/operação efetuada.⁴²

Crítica-se, a esse respeito, a demasiada auferição de valor a questões subjetivas da vítima, elemento que pode produzir certo grau de incerteza na definição do que venha – ou não – a ser considerado dano patrimonial. Embora não se possa perder de vista o caráter dinâmico e funcional do patrimônio, para o que é imprescindível ter-se como referência um titular concreto e o desenvolvimento de suas finalidades⁴³, parecem-nos estreme de dúvidas a necessidade de um apoio firme da concretude da sua dimensão econômica.

Daí o entendimento segundo o qual a teoria jurídico-econômica possa obter maior êxito, modernamente, para a solução das questões dogmático-penais, desde que aplicada, é claro, sob a ótica de determinados critérios de correção.⁴⁴ Neste ponto, tenhamos em mente o que defende SALVADOR NETTO⁴⁵: a adoção de uma *teoria jurídico-econômica matizada*, na medida em que “capaz de unificar o conceito de patrimônio em Direito Penal, mostrando-se mais coadunada com a segurança jurídica e a mínima intervenção”.

⁴² Veja-se a elucidativa doutrina de PASTOR MUÑOZ: “En mi opinión, el patrimonio ha de entenderse como poder jurídicamente reconocido de su titular para la interacción en el mercado. El patrimonio tiene una base material, una serie de los que el sujeto es titular, que son la fuente de poder y que deben estar jurídicamente reconocidos. Sin embargo, el patrimonio no se define como la suma de esos bienes aislada de su titular, sino como el poder que emana de la relación entre el sujeto y esos bienes. Ya en esta contemplación estática del patrimonio existe una dimensión ‘personal’, a saber, la estructura de fines que debe atribuirse al patrimonio de ese sujeto en función de la posición que este último ocupa en la relación económica.” (PASTOR MUÑOZ, Nuria. *El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa*. in: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 86). Veja-se também a precisa lição de SCHMIDHÄUSER: “Der Gewinn des personalen Vermögensbegriffs liegt vor allem in der bruchlosen Anerkennung der individuellen Zwecksetzungen und Handlungsmöglichkeiten des Vermögensinhabers. ES zeigt sich, dass in den Vermögensdelikten nicht eine beliebige Anhäufung gelwerter Güter in ihrem auf jedermann bezogenen Verkaufs und –Erwerbswert verringert wird (so im Grunde die rein wirtschaftliche Theorie), sondern dass die Person verletzt wird, der das Vermögen zusteht, und zwar verletzt in ihrem individuellen Zwecksetzungen zu sehen ist. Insoweit gewinnt der Begriff der Zweckverfehlung, auf wirtschaftlich relevante Handeln bezogen, besonderes Gewicht; massgeblich für Vermögensschädigung ist dann u. a., dass das Opfer auch MIT einer bewussten Vermögenminderung den Zweck verfehlt, der durch die Minderung erreicht werden sollte”. (SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht*. Besonderer Teil. 2. Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983. p. 113).

⁴³ CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 75.

⁴⁴ “Trata-se de adotar como premissa uma corrente *econômico-jurídica matizada*, de tal sorte a permitir a incorporação de uma ideia econômica que não se identifique tão só com cálculos monetários ou contábeis, mas que apresente, complementarmente, uma dimensão pessoal ou funcional.” SALVADOR NETTO, *op.cit.*, p. 117.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 327.

2.2.2 Bem jurídico tutelado

2.2.2.1 Premissas necessárias sobre bem jurídico

Devidamente expostos os contornos da acepção penal de patrimônio, traz-se a lume a discussão em torno da objetividade jurídica da conduta cerne deste trabalho, a qual é indispensável para identificação satisfatória dos elementos normativos do estelionato. Com o propósito de evitar o sincretismo em torno do conceito de *bem jurídico*, sua abrangência será restringida.⁴⁶

Conforme bem demonstra BECHARA, o debate sobre a conformação da teoria do bem jurídico já foi travado com maior profundidade em diversas monografias e textos doutrinários, em decorrência da riqueza do tema e da posição destacada que ocupa na teoria do delito contemporânea. Buscar-se-á, portanto, ressaltar sinteticamente os principais aspectos do conceito de bem jurídico⁴⁷, desde suas primeiras configurações até o estado da arte da teoria. Após o direcionamento de tais aspectos dogmáticos especificamente ao delito de estelionato, chega-se a um ponto nevrálgico do argumento do estudo: a definição do âmbito de tutela da norma estabelecido pelo tipo penal pesquisado.

⁴⁶ A professora BECHARA sintetiza bem as dificuldades da teoria na atualidade, na medida em que se tem: “(...) de um lado, a defesa de proteção de bens jurídicos como instrumento de restrição da intervenção penal, tal como afirmam Winfried HASSEMER, protagonista de um conceito crítico ou transcendente ao sistema, Claus ROXIN e Bernd SCHÜNEMANN, este último que interpreta a renúncia à capacidade crítica do princípio de proteção de bens jurídicos como um retrocesso do Direito Penal a um estágio anterior à Ilustração. De outro lado, há diversos autores que entendem ser impossível ou mesmo equivocado restringir o âmbito de intervenção penal à lesão de bens jurídicos. Nessa perspectiva, e em uma linha normativista sistêmica, Günther JAKOBS trata do Direito Penal como instrumento de proteção das próprias normas jurídicas, por meio da confirmação de sua vigência. Sob outro enfoque, Günter STRATENWERTH adverte que as inúmeras definições doutrinárias do bem jurídico acabam por impedir que se atinja um conceito material amplamente aceitável, sustentando dever o delito corresponder à prática de um comportamento socialmente indesejado. Hans Joachim HIRSCH, por sua vez, defende a inexistência de um conceito de bem jurídico pré-determinado ao legislador, não sendo este, portanto, um critério idôneo a fim de limitar a intervenção jurídico-penal.” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. pp. 23-4).

⁴⁷ O professor Vittorio MANES já assinalou a dificuldade de conceituar o bem jurídico, em obra essencial sobre o princípio da ofensividade. Leciona MANES: “Definire il bene giuridico come ‘bene’, come ‘valore’, come ‘interesse’, o come ‘dato culturale’, ovvero come ‘situazione’, come ‘istituzione’, come ‘sussidio alla partecipazione sociale’ o come ‘unità funzionale’, rischia di risolversi in una mera questione terminologica, senza che al ‘significante’ corrisponda un ‘significato’ che, pur non privo di una propria coloritura ideologica, sia capace di esplicare effettiva funzione critica o dogmatica. Nessuna formula dimostra di avere reale contenuto informativo ma, al più, si riflette in un semplice effetto placativo; tanto che il problema, dunque, sarebbe solo rinviato alla interpretazione della definizione”. (MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel Diritto Penale*. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 16-17)

Pode-se dizer que a ideia de *bem jurídico*, tal como é entendido atualmente, encontra suas raízes no Iluminismo, assentada na compreensão liberal típica de tal período, sumamente influenciada pelos princípios jurídico-filosóficos kantianos.⁴⁸ Dentre seus precursores estão os jusfilósofos da *Accademia dei Pugni*, e se observa na obra de um de seus expoentes, Cesare BECCARIA (*Dos delitos e das penas*, publicada, pela primeira vez, em 1764), um embrião da vinculação da sanção criminal a uma prévia *lesão* jurídica.⁴⁹

Desde os primórdios da compreensão do *bem jurídico*, perpassando pelas suas diversas formulações teóricas ao longo dos séculos⁵⁰, o que se verifica é uma trajetória no sentido da regulação e da limitação do *ius puniendi* estatal, sempre na busca de um Direito Penal (mais) humanitário. Ainda vale dizer que, tomando por base algumas das vertentes atuais da teoria dos direitos fundamentais, trabalha-se o referido conceito a fim de possibilitar a construção de um Direito Penal alheio a concepções subjetivas, éticas ou morais.

Daí decorre a já referida complexidade em se obter uma delimitação definitiva da categoria *bem jurídico*, na medida em que a criminalização de condutas deve se dar a partir de escolhas político-criminais adequadas aos ditames constitucionais⁵¹, e não

⁴⁸ O desenvolvimento teórico da ideia foi muito influenciado pelo caldo cultural propiciado pelo Iluminismo, como anota BECHARA: “O surgimento do conceito de bem jurídico no século XIX e seu posterior desenvolvimento no século XX apenas podem ser compreendidos a partir da consideração de seus antecedentes iluministas. Afirma-se, nesse sentido, que o bem jurídico surge como consequência da crítica à teoria da lesão de direitos subjetivos, sustentada por Paul Johann Anselm Ritter Von FEUERBACH, fundado na teoria do fim do Estado de Immanuel KANT”. (BECHARA, *op.cit.* p. 89).

⁴⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵⁰ Importa notar que a construção do conceito de bem jurídico *penal* é atribuída, tradicionalmente, a BIRNBAUM, ao formular, em 1834, a tese segundo a qual o ‘bem’ (*Gut*) é o ‘objeto protegido’ (*geschütztes Objekt*) pela norma penal, donde decorreria, logo em seguida, a denominação ‘bem jurídico’ (*Rechtsgut*). Tal formulação está presente na seguinte obra: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das erfordermüss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*. In: *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle*, 1834. A bem da verdade, posteriormente, inúmeros outros estudiosos (de juristas a filósofos) debruçaram-se sobre o tema, cada qual introduzindo, em maior ou menor medida, suas concepções e propostas de categorização. Costuma-se dizer que a construção dogmático-categorial de bem jurídico já conta com mais de um século, e o certo é que uma vasta quantidade de estudos foram dedicados e contribuíram para sua evolução, até aportar na sua concepção atual. Apenas a título exemplificativo, cita-se, como grandes expoentes da teoria do bem jurídico: Karl Binding, Franz Von Liszt, Rudolf Von Jhering e, modernamente, Claus Roxin.

⁵¹ Sobre o processo de seleção de bens jurídicos, cuja orientação deve-se dar do ponto de vista garantista, assim pontifica FERRAJOLI: “*El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también – por ser inherente a la finalidad del derecho penal – el peligro que se ha ocurrido. Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión ES necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los*

subsumidas a um conceito fechado, seguramente incapaz de proporcionar uma conclusão unívoca a respeito do que deva ou não ser objeto de tutela penal.

Destarte, a Constituição atua como um limitador (negativo) à atividade legislativa, abarcando valores (dignos de tutela) que deverão ser observados quando da incriminação de determinada conduta. A este propósito, recorda-se das palavras de BATISTA⁵²:

O bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador).

Na mesma linha argumentativa, REALE JÚNIOR⁵³ pontifica, com percuciência, que “o bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela penal”.

Para além da função de pautar (e restringir) a atividade legiferante, do ponto de vista estritamente dogmático, o bem jurídico apresenta-se como o núcleo material cerne do injusto típico, haja vista não existir crime sem lesão - ou perigo de lesão - a um bem jurídico previamente abarcado por lei incriminadora. Tomando por base os

‘derechos fundamentales’, Es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también han de incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de los asuntos generales. En cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición. (...) puede completarse afirmando que ningún bien justifica una protección penal – en lugar de una civil o administrativa – si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. (...) Contamos también con un ulterior criterio axiológico, que se corresponde con un perfil utilitarista distinto: las prohibiciones no sólo deben estar ‘dirigidas’ a la tutela de bienes jurídicos, deben ser ‘idóneas’. El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos – individuales, económicos o sociales – de su violación; y ello al margen de los que se piense sobre la moralidad e, incluso, sobre la lesividad de la acción prohibida. (...) Finalmente, una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes. Los resultados lesivos prevenidos por el derecho penal pueden ser evitados, y en muchos casos más eficazmente, a través de medidas protectoras de tipo administrativo”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traduzido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Machino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés. Madrid: Trota, 1997. p. 272-273).

⁵² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 96.

⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p. 27.

mesmos pressupostos, POLAINO NAVARRETE⁵⁴ propõe a seguinte definição: “*todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica*”.

Desse conceito, é possível extrair a seguinte ideia básica:

*No todo 'bien constituye um 'bien jurídico' protegido por el Derecho Penal. Antes bien, bienes jurídicos son los valores fundamentales de la vida comunitaria, cuya garantía jurídica constituye imprescindible condición del próspero desenvolvimiento de la propia convivencia humana. Precisamente por ello, el Derecho há de tratar salvaguardar estos bienes frente a lesiones o puestas em peligro indeseables a los mismos. El ámbito del bien jurídico se extiende no sobre todos los objetos merecedores de protección jurídica, sino sólo a los que requieren um mayor aseguramiento normativo a causa de la mayor relevancia axiológica, y em atención a la gravedad del ataque típico a los mismos realizado.*⁵⁵

Em coadunância com a ideia que o Direito penal presta-se tão somente à tutela de *ultima ratio*, isto é, sua intervenção apenas se faz necessária quando os demais mecanismos de controle houverem falhado, POLAINO NAVARRETE aduz que apenas pode consistir em bem jurídico um valor efetivamente imprescindível e relevante. Nem todo interesse jurídico preenche os requisitos necessários para tornar-se um bem jurídico⁵⁶.

Por fim, com amparo na lição de ROXIN⁵⁷, pode-se sintetizar a acepção de bem jurídico como “circunstâncias ou objetivos que são úteis ao indivíduo e ao seu

⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general. Teoría jurídica del delito*. Barcelona: Bosch, 2000. v. I. t. II. p. 603.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 604.

⁵⁶ FELDENS alerta para o papel do bem jurídico como legitimador da tutela punitiva, bem como para sua possibilidade de definição, caso não esteja previamente definido: “No âmbito do Direito penal contemporâneo, noção de bem jurídico segue desempenhando um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo a diagramação – definição das fontes e dos limites – do *jus puniendi*. Como consequência desse processo evolutivo sedimentado na base do pensamento jurídico-penal, o bem jurídico passa sem deixar de sê-lo, todavia – de elemento *estruturado pela* dogmática jurídico-penal a *elemento estruturante e informador da política criminal* do Estado, cuja legitimidade passa a estar condicionada a um *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos*. É a partir desse momento – ou seja, quando se passa a exigir do legislador, como condição de legitimidade de sua tarefa em relação ao Direito Penal, que a tutela penal seja exclusivamente orientada à proteção de bens jurídicos – que o conceito do bem jurídico desponta como um conceito material e, portanto, com um conteúdo, senão previamente definido, definível”. (FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade o controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44-5)

⁵⁷ “*Rechtsgüter sind Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.*” (ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 1997. p. 15).

desenvolvimento no âmbito de um sistema social, baseado na visão ou no funcionamento desse próprio sistema”. Esta é a concepção tomada como embasamento para os desenvolvimentos dogmáticos aqui articulados.

2.2.2.2 Individualização do bem jurídico do estelionato

Os conceitos sucintamente expostos permitem inferir qual o ideário fundante da teoria do bem jurídico, assim como quais serão seus reflexos na conduta delitiva objeto de estudo. Passada a etapa introdutória, analisa-se especificamente o objeto de tutela abrangido pelo tipo penal do estelionato.

É sabido que, topograficamente, o estelionato situa-se no Título II da Parte Especial do Código Penal, o qual congrega as condutas criminosas que ofendem ao patrimônio. Não por outro motivo, o delito costuma ser tratado como crime patrimonial individual pela imensa maioria dos doutrinadores. CHOCLÁN MONTALVO⁵⁸ manifesta-se a este respeito, já esboçando sua adesão ao posicionamento dominante:

La teoría es prácticamente unánime cuando cualifica el delito de estafa como delito contra el patrimonio; es decir, se considera que el fin de protección del delito de estafa tipificado en el art. 248 CP es la tutela del patrimonio de su titular. Es un tipo que se construye, en consecuencia, sobre la base del perjuicio patrimonial resultante de una relación interpersonal entre dos o más sujetos.

Na mesma trilha lógica, os julgados de diversas Cortes do país reiteram este mesmo entendimento:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESCRIÇÃO DO FATO CRIMINOSO PRATICADO PELO INDICIADO. PREENCHIDO O REQUISITO INTRÍNSECO DA DENÚNCIA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. JUSTA CAUSA PRESENTE. PRECEDENTES.^{59 60} (grifo nosso)

⁵⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 43.

⁵⁹ RHC 41.904/MG, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 05/12/2013, DJe 11/12/2013.

⁶⁰ Em igual sentido, as seguintes decisões do STJ: RECURSO EM HABEAS CORPUS. **CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. JUSTA CAUSA PRESENTE. PRECEDENTES.** (RHC 38.249/CE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 06/12/2013.); HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. **CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO.**

Embora sedimente-se na doutrina majoritária, e surja como voz uníssona nos julgados, a ideia do estelionato como um delito que ofende unicamente o patrimônio é repetida sem a devida reflexão. Raramente encontra-se alusão à possibilidade de afetação de outros valores igualmente relevantes a partir da prática do agente delitivo.

Com o intuito de incitar o debate e marcar a posição aqui advogada, oportuno trazer questionamentos ao paradigma dominante, confrontando-o com as demais perspectivas que elencam outros vetores a nortear a proteção jurídica ensejada pelo delito de estelionato. Dentre os demais interesses dignos de tutela, cuja inclusão no âmbito de tutela será discutida a seguir, poderiam ser enumerados o *tráfego jurídico ou social* da circulação de bens, serviços e riquezas, a *confiança*, em sua acepção objetiva, um dos esteios para o bom funcionamento das engrenagens das transações comerciais e a *liberdade de disposição patrimonial*.⁶¹ A premissa assumida pelo trabalho é que apenas a confiança pode ser alçada ao patamar de bem jurídico, conforme se passará a expor.

Com relação a estes possíveis objetos normativos de tutela, mister explanar em que consistem e de que maneira podem ser ameaçados pela prática criminosa; deve-se,

ESTELIONATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA ORDEM PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NO JULGAMENTO DO APELO. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PRECEDENTES. (HC 266.833/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013.); HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. PRECEDENTES. (HC 266.088/TO, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 11/06/2013.)**

⁶¹ Explanando a relevância da confiança no mercado de capitais, assevera GÓMEZ INIESTA: “El hecho de que se insista en la tutela de la confianza de los inversores, y el por qué en el mercado de valores reviste una mayor importancia, a diferencia de otros mercados, es debido a sus especiales características: en primer lugar, por la singularidad de los bienes objeto de contratación, los instrumentos financieros o valores negociables, cuya característica reside precisamente en su negociabilidad. En segundo lugar, singularidad como mercado de financiación de empresas. La economía de un país depende fundamentalmente de una pieza clave y esencial para su desenvolvimiento, su motor de arranque, el mercado de valores, como componente del sistema financiero, ya que está fuera de toda duda de que éste cumple con la importante función de financiación permanente de la empresa en una economía de mercado al canalizar el ahorro hacia el sistema industrial y empresarial, con el fin de financiar sus proyectos de inversión de capitales, sirviendo de enlace a los intereses de la empresa y de los inversores; y para ello necesitan de mercados eficientes y transparentes”. (GÓMEZ INIESTA, Diego J. Fraudes en el mercado de valores. In: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 163).

também, apontar quais argumentos são lançados pelos penalistas contrários à sua assimilação ao tecido do bem jurídico.

2.2.2.3 Tráfego social como bem jurídico

Há segmentos da doutrina que propugnam ser o estelionato um delito pluriofensivo⁶², na medida em que sua consumação lesaria inúmeros bens jurídicos para além do patrimônio. Há autores que defendem que o estelionato protege o tráfego social, nisto compreendidas as relações jurídicas patrimoniais que se estabelecem entre os agentes econômicos que compõem o tecido comunitário. Portanto, a tipificação do engano no negócio jurídico prestar-se-ia a evitar a irradiação da fraude para outras relações da mesma comunidade, necessidade que é avultada quando observada sob a ótica de uma economia imbricada, acelerada e interdependente.

O argumento de que lançam mão aqueles⁶³ que rechaçam esta visão funda-se no preceito de que o Direito penal não se dirige a uma dimensão supraindividual; sua finalidade precípua é resguardar interesses individuais. Evitar a generalização das condutas é um propósito inerente à proscrição de dada ação ou omissão. Em razão do cunho personalista do aparato punitivo, não seria possível criar uma objetividade jurídica de um delito a partir de suas consequências elevadas a um patamar macrossocial.

2.2.2.4 Confiança como bem jurídico

Outro bem jurídico por vezes enumerado como componente da órbita de proteção da rubrica do estelionato é a confiança. Em conformidade com tal ideário, a argamassa das relações jurídicas patrimoniais entre particulares é a confiança, a fidúcia de que uma vez celebrado o negócio jurídico o outro componente tenderá a cumpri-lo,

⁶² “Sin embargo, algunos autores critican esta concepción de la estafa como delito pluriofensivo contra el patrimonio y la libertad de disposición, porque consideran que introducir la libertad de disposición como bien jurídico protegido supone dar autonomía como objeto de tutela a una libertad cuya afectación es consecuencia lógica del medio comisivo propio de la estafa”. (ANTOLISEI, *op.cit.*, p. 263, (Parte speciale): n. 21).

⁶³ A crítica ao posicionamento defendido é bem definida por esta afirmação: “Pero el mantenimiento de la confianza en las relaciones patrimoniales, y la evitación de disfuncionalidades en el sistema económico, constituye en este caso un interés del Estado que se tutela, no anticipadamente, sino a través de la tutela del patrimonio individual, verdadero bien jurídico protegido en este delito”. (CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 77).

salvo situação extraordinária. Na hipótese de os entes privados não possuírem a previsibilidade quanto ao bom andamento do negócio que estão a realizar, essa insegurança poderia insuflar uma atmosfera de inadimplemento negocial, a partir do temor de descumprimento e/ou prejuízo em outros enlances contratuais.

Ainda que existam instrumentos jurídicos que assegurem o bom andamento das relações de circulação de bens e serviços, o grande móbil da economia é a expectativa de retorno proporcional à obrigação com a qual o particular se compromete. Tal expectativa funda-se, sumamente, na confiança firmada a partir das tratativas com o contraente. Se a lógica vigente em dada coletividade é da deslealdade, o sistema de relações patrimoniais tornar-se-á deformado, pois nenhuma das partes crê que o outro contratante cumprirá o acordado. A este respeito, oportuno o posicionamento de MENEZES CORDEIRO⁶⁴, respaldando-se na obra de LUHMANN:

Neste condicionalismo, a proposta de NIKLAS LUHMANN de uma leitura sociológica da confiança, assume um papel de relevo no transcender de abstraccionismos. Observa esse autor que as eventualidades susceptíveis de, na sociedade, interferirem nas decisões que desencadeiam comportamentos humanos, são inúmeras; a confiança permitiria, nesse cenário, excluir algumas possibilidades de desenvolvimento, afastando perigos cuja concretização comprometeria a actuação; a confiança permite, pois, reduzir a complexidade social. Outros aspectos merecem enfoque. **A confiança constitui, para o ser, a base de um comportamento; quando não, haverá mera esperança. Por outro lado, ela actua numa alternativa em que os danos advenientes da quebra de confiança podem superar os benefícios aguardados da sua manutenção.** O confeccionar da situação de confiança em si não pode ser imputado à dedução ou à indução; compreende sempre uma multiplicidade de dados, onde saber e não-saber se mesclam; no entanto, não é de considerar como irracional: perante a sua função de elevar o potencial do sistema para enfrentar a complexidade, ela racionaliza-se, pois, na sua ausência, apenas seriam possíveis fórmulas muito simples de cooperação humana.

A perspectiva do valor confiança como um catalisador das relações sociais realça seu papel como bem jurídico digno de tutela. Caso não houvesse um mínimo de fideducía, objetivamente compreendida, a reger a circulação de bens e serviços, as atividades que dependem do fluxo do mercado evoluíam de maneira seguramente mais atravancada. Eis os esteios da confiança: previsibilidade e segurança jurídica. Os contraentes não podem instigar expectativas nas contrapartes que sabem que não virão a se concretizar.

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1242.

O civilista CARNEIRO DA FRADA⁶⁵, desde a ótica da responsabilidade civil, assevera que o dolo pretérito consubstancia-se na criação de uma confiança que se sabe antecipadamente que não será correspondida, ensejando uma violação dos deveres de boa fé, passível de arbitramento de reparação. O autor afirma ainda que a responsabilidade por violação da regra da boa fé acaba por viabilizar a proteção daquele que é induzido em erro em negócio celebrado com base em representações distorcidas da realidade.

Sylvia CALMES⁶⁶, sob a perspectiva do Direito Público, sustenta que a confiança legítima possui raízes em três macropreceitos: o princípio democrático, a segurança jurídica e a boa-fé. Com relação ao primeiro (i), a autora defende que o cidadão, inserido no contrato social, pressupõe estar frente a um *État-honnête homme*, no contexto do qual o Estado respeite a palavra dada – e por conseguinte a confiança – que constitui o sumo da democracia; quanto à segurança jurídica(ii), esta e a “certeza” jurídica, consistem em assegurar sem surpresa a boa execução das obrigações, tendente à excluir a incerteza da realização do direito; e por fim, serem corolários da boa-fé (iii) o manejo apropriado dos interesses legítimos da contraparte, bem como a exigência de não se colocar em contradição com ato próprio anteriormente praticado na qual a contraparte confiou.

As construções teóricas das disciplinas extrapenais são de extrema valia para auxiliar na interpretação do estelionato, especialmente aquelas que recaem sobre os vínculos de confiança entre as pessoas. Esta é uma análise que ainda germina entre os penalistas. O dolo antecedente exigível para caracterizar o delito será comum à seara contratual. Precisamente por este motivo o agente possui a necessidade de incutir na vítima um falso contexto de confiança, o qual será engrenagem essencial para a perpetração da violação patrimonial. A confiança enquanto bem jurídico possui, portanto, um cunho individual e um cunho supraindividual.

A crítica realizada a este posicionamento é que as disfunções do sistema econômico são inerentes a seu funcionamento; não caberia ao Direito penal a pretensão de observar sua regularidade, antecipando a tutela para a confiança, pois esta já estaria albergada no bem jurídico patrimônio.

⁶⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 468-470

⁶⁶ CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

2.2.2.5 Liberdade de disposição como bem jurídico

Há segmentos da doutrina que afirmam que a liberdade de disposição pode ser um dos valores afetados pela conduta de estelionato. Sinteticamente, pode-se afirmar que a fraude gera um prejuízo patrimonial a partir de um vício cognitivo. Caso o enganado possuísse plena consciência de todas as circunstâncias envolvidas na disposição patrimonial a ser feita ao agente do engano, ou a terceiro beneficiário do crime, possivelmente não a concretizaria.

Deste quadro, comum ao gênero delitivo, por vezes é realizada a seguinte derivação: o prejuízo econômico é realizado mediante uma violação da autonomia da vontade do indivíduo; talvez, mais que um meio para a execução do delito, esta consista em um valor autônomo escudado pela norma penal.

Esse alinhamento encontra guarida principalmente na recente doutrina alemã. Alguns autores aduzem ocorrer uma forma diversificada de tutela pela norma incriminadora em comento. A partir da lição de JOECKS, por exemplo, há uma diferença sensível entre a proteção oferecida pelos delitos contra a propriedade e os delitos contra o patrimônio. De acordo com este autor, nos delitos contra a propriedade (furto, roubo etc.), apenas os itens de valor econômico de uma pessoa são albergados. Por outro lado, no estelionato (*Betrug*, § 263, StGB) não há a tutela específica de um item individualmente, mas sim concretiza-se a proteção da soma de alguns itens.⁶⁷

Em consonância com este prisma, os seguintes interesses jurídicos comporiam a objetividade do tipo penal: (i.) os ativos do indivíduo (*Vermögen*); (ii.) a honestidade no comércio (*Redlichkeit des Geschäftsverkehrs*); e (iii.) a liberdade de disposição⁶⁸ da vítima (*Dispositionsfreiheit*).⁶⁹

⁶⁷ JOECKS, *op.cit.*, p. 588. Tal noção não é compartilhada com CHOCLÁN MONTALVO, que opina nos seguintes termos: “Y desde luego no hay duda que el ataque debe dirigirse contra elementos patrimoniales específicos, pues es cierto que el ataque criminal no se dirige contra el patrimonio en su totalidad, sino contra los elementos integrantes de éste, pero resulta conveniente distinguir entre el objeto material del ataque de la acción y el bien jurídico protegido por el delito, que no puede ser otro que el patrimonio desde una consideración global como *universitas iuris*”. (CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 65-6).

⁶⁸ “Un sector de la doctrina alemana ha propuesto modernamente, como objeto de tutela en la estafa, la lesión de la libertad de disposición, y es esa lesión lo que produce el daño al patrimonio. Así lo ha entendido, por ejemplo, KINDHÄUSER, quien concibe la estafa como <<delito contra la libertad que daña al patrimonio>>. En determinadas criminalizaciones en el estado previo de lesión del bien

Ressalta-se que o tipo penal do estelionato (*Betrugstatbestand*), no diploma repressivo germânico, depende, para sua consumação, não apenas de um dano aos ativos de alguém, mas que esse dano ocasione um engano bastante à vítima, que teve suas expectativas frustradas no acordo de vontades com o agente delitivo.⁷⁰ Entende-se, contudo, que a (violação da) liberdade de disposição se trata, a bem da verdade, de uma consequência do delito de estelionato, e não do bem jurídico especificamente tutelado pela norma incriminadora.

2.2.3 Conclusão parcial: caráter pluriofensivo do estelionato

Contrariando a posição majoritária dos autores brasileiros e estrangeiros, o alinhamento aqui adotado faz coro às vozes isoladas que defendem que a rubrica penal em estudo alcança uma pluralidade de valores e interesses jurídicos. Referiu-se na reflexão sobre a evolução típica que o estelionato é uma prática *sui generis* no universo dos crimes patrimoniais. Revesti-lo unicamente da objetividade jurídica de resguardo do patrimônio seria atribuir abordagem superficial uma figura delitiva muito mais requintada tecnicamente do que os demais delitos que integram o rol dos delitos patrimoniais.

Com efeito, o estelionato, além de constituir uma ofensa ao patrimônio do ofendido, também é uma violação ao bem jurídico confiança, cuja dignidade penal foi

jurídico puede entenderse que no se tutela tanto el patrimonio individual como la libertad de actuación en el sector de que se trate. Así, por ejemplo, en la estafa de crédito o de inversiones puede entenderse, al margen de la dimensión supraindividual del problema, que se tutela básicamente que la entidad crediticia o el inversor adopten una decisión libre en orden a la disposición de su patrimonio". (CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 77). Ainda sobre a liberdade de disposição, é VOGEL quem nos brinda com exemplo instigante: *"Una respuesta muy usual es que la estafa protege también la libertad de disposición referente al patrimonio. Formulado más exatadamente, se trata de tutelar los conocimientos esenciales para una decisión responsable acerca de un acto de disposición patrimonial. Determinar qué pertenece a esta base racional ha de determinarse subjetivamente de acuerdo con los gustos del disponente: si el panadero únicamente quiere vender pan a cristianos, el musulmán hambriento realizaría un engaño si aparenta ser Cristiano en el momento de comprar el pan"*. (VOGEL, Joachim. *Estafa en la UE*. p. 47).

⁶⁹ JOECKS, *op.cit.*, p. 588.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 588. Essa compreensão é, todavia, diretamente criticada por CHOCLÁN MONTALVO: *"Como pone de manifiesto AMELUNG, el daño patrimonial no reside en el hecho de que el disponente engañado no pueda obtener el concreto fin previsto en la transmisión, sino en que la contraprestación recibida no satisfaga ninguno de los fines que desde la perspectiva objetivo-individual tenga sentido para la satisfacción de necesidades del adquirente. Por tanto, la decepción del fin no es en sí misma la fuente del perjuicio patrimonial, sino la ausencia de un equivalente de la disminución patrimonial"*. (CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 78).

exaustivamente demonstrada. MANTOVANI ⁷¹ já pronunciou-se na linha – pluriofensividade – a que se adere: “*È il più tipico delitto con la cooperazione della vittima, carpita con la frode. È reato plurioffensivo: dell’interesse patrimoniale e della libertà di autodeterminazione*”. No tocante à liberdade de disposição, ela é violada pelo engano perpetrado pelo agente. Não obstante, diverge-se parcialmente da posição do mestre italiano: a liberdade de disposição acaba sendo o meio colaborativo utilizado pelo agente no intuito de obtenção da vantagem indevida. O fato de ser a liberdade de disposição o primeiro obstáculo violado pelo *animus decipiendi* do sujeito ativo não significa que ela mereça o posto de bem jurídico autônomo.

Já no que respeita ao valor confiança, como mencionado anteriormente, este é um dos pilares reitores das relações de trocas de bens e serviços; caso um potencial contratante tema que o pacto não será igualmente cumprido, dificilmente seguirá nas tratativas. A confiança compõe o substrato da livre iniciativa econômica e pode, sim, constituir um dos valores tutelados pela norma incriminadora. Isto possui um impacto tanto em uma dimensão individual, na específica relação em que ocorre uma quebra de confiança⁷², quanto supraindividual, na medida em que a desconfiança capilariza-se pelo mercado. Possui razão CHOCLÁN MONTALVO ao dizer que a formulação típica não se presta a salvaguardar interesses extraindividuais. Todavia, a conduta desleal em uma particular relação econômica é capaz de provocar reações em cadeia, dado o nível de imbricação das operações comerciais da atualidade. Tal possibilidade pode ser bem observada quando ocorre o rebaixamento da nota de instituição financeira conferida por agências de risco. Por vezes, apenas uma operação fraudulenta é suficiente para diminuir o grau de confiabilidade de um banco, e tal decréscimo gera um efeito em cascata para todos aqueles que investiram na referida instituição.

Por fim, com relação ao tráfego jurídico, em virtude de este ser uma espécie de ampliação da confiança aplicada aos negócios jurídicos em uma perspectiva macro, talvez aqui tenha razão a crítica desenvolvida pelos espanhóis. Realmente, o tráfego

⁷¹ MANTOVANI, *op.cit.*, p. 198.

⁷² A respeito da estatura jurídico-penal da confiança, assevera REALE JÚNIOR, sob a perspectiva da corrupção no setor privado: “No caso da infidelidade do administrador, considero, no entanto, que a **elevação da confiança e da lealdade como valores dignos de tutela penal, justifica-se pelos aspectos éticos de caráter institucional**, mas a conduta a ser tipificada deve encontrar alguns limites no plano da efetiva ou potencial lesão ao patrimônio da empresa” (grifo nosso) (REALE JÚNIOR, Miguel. *Dever de lealdade...*, p. 239).

jurídico é um bem difuso demais para um delito que possui sujeito passivo suficientemente individualizado.

No trabalho legiferante, na maior parte dos casos, quando da criação de um tipo penal, há uma tendência de ponderar os diversos interesses dignos do albergue punitivo e unificá-los em apenas um, que será o objeto da tutela jurídica em detrimento dos demais. Isto não significa que as valorações e os conflitos entre tais interesses deixarão de existir na situação real, analisados pelo aplicador. Possui razão DURIGATO⁷³ ao afirmar: *“Perciò, a voler seguire questa traccia, l’ipotesi più corretta risulterà in definitiva quella di un rapporto sociale estremamente complicato e soggetto ad infinite interferenze; di cui il bene giuridico, una volta stabilito – o creato – dalla legge, può ancora rivelare chiare riconoscibili tracce”*.

Realizadas tais ponderações, e adequadamente refutadas as hipóteses contrárias, embora consistam em doutrina dominante, conclui-se que o estelionato é um delito pluriofensivo. Sua objetividade jurídica precípua é a tutela do patrimônio, mas a prática delitiva afeta também, por via reflexa, a confiança e, como consequência, a liberdade de disposição.

À guisa de conclusão, destaca-se que a pluriofensividade não quer dizer que os bens jurídicos tutelados possuem vida própria; sua tutela justifica-se na medida em que estão interligados. Desta maneira, na hipótese de ocorrer uma fraude desacompanhada de prejuízo patrimonial, não se poderá considerar consumado o delito de estelionato por lesão ao bem jurídico confiança, por exemplo. O acervo de valores tutelados faz sentido quando é interpretado como um todo.

2.3 ARTIFÍCIO, ARDIL E INDUÇÃO EM ERRO

Conforme referido anteriormente, a conduta do sujeito ativo sedimenta-se ao turbar capacidade de decisão do sujeito passivo. A partir desta alteração de consciência, o enganado realiza uma disposição econômica, a qual se reverte em vantagem para o próprio ilaqueador ou para terceiro. Interessa, para o exame da figura típica, o estudo dos meios pelos quais o agente do estelionato provoca esta modificação da realidade para assim obter êxito em seu propósito.

⁷³ DURIGATO, Lauretta. *Rilievi sul reato plurioffensivo*. Pádua: CEDAM, 1972. p. 11

É despidiendo mencionar que o paradigma de legalidade estrita⁷⁴ impõe a necessidade da precisão conceitual para a atividade de interpretação típica. A reflexão crítica sobre os termos e expressões constantes do tipo de estelionato podem importar a diferença em subsunção ou não da hipótese fática à norma.

As manobras do agente que atraem a incidência da norma incriminadora são o **artifício** ou **ardil**. Estes termos não devem ser confundidos com o resultado naturalístico da conduta – erro –, porquanto consistem no meio empregado. Há autores que defendem que unificar artifício com engano seria o mesmo que confundir a arma com a lesão corporal.

Tradicionalmente os referidos termos são de tal maneira especificados pela dogmática: *artifício* é uma transformação ou modificação aparente da realidade, mediante a qual o enganador insere, no plano fático, circunstâncias inexistentes, ou, de outra maneira, camufla as existentes; por seu turno, o *ardil*⁷⁵ alicerça-se a partir de pura retórica para que a contraparte seja enganada. De maneira um pouco diferente, embora com conteúdo bastante próximo, conceitua MANCI⁷⁶:

*Artificio è la rappresentazione materiale abilmente compiuta col porre in essere con atti o con parole circostanze salienti, elementi apprezzabili ed influenti di un fatto verosimile, ma non vero, o diversamente voluto ed attuato, od impossibile, atta ad ingannare.
Il raggiro è l'abuso di particolari stati d'animo o di condizioni personali e ambientali, o di consuetudini per sorprendere l'altrui buona fede.*

Depreende-se das definições doutrinárias que as circunstâncias elementares *artifício* e *ardil* possuem leves nuances que estabelecem suas fronteiras, embora ambas

⁷⁴ REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 91 e BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 65.

⁷⁵ Afirmam FIANDACA e MUSCO, ao diferenciar as manobras: “A differenza degli artifici, che necessitano di una proiezione nel mondo esterno, i raggiro possono dunque esaurirsi in una semplice attività di persuasione che influenza la psiche altrui, a prescindere da qualsiasi mise en scène.” (FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale parte speciale*. I delitti contro il patrimonio. 5.ed. v.II. Bologna: Zanichelli, 2009. p. 175).

⁷⁶ MANCI, Filippo. *La truffa nel codice penale italiano*. Turim: Fratelli Bocca, 1930. p. 67-9. Segue o autor na explicação do conceito: “Queste definizioni ci sembrano le più adatte a porre in rilievo i caratteri dei mezzi fraudolenti previsti dall'art. 413 alla consumazione della truffa, la natura e l'efficacia del loro potere ingannatorio, e precisamente che l'artificio si definisce in una lotta all'intelligenza, e cioè si materializza in una costruzione ingegnosa di un fatto vero, che si presenta al giudizio di chi si vuole indurre in errore e per cui si trae in errore determinato soprattutto e quasi unicamente da persuasive esteriorità, mentre il raggiro è una lotta al sentimento, o più esattamente alla fiducia, stato di animo determinato e giustificato dall'esperienza, da rapporti, dalla abitudine di condotta, da una serie di conoscenze, da ragionevole presunzione, come nel caso di far sorgere il timore di un pericolo immaginario o la convinzione di dovere eseguire un ordine delle autorità (...)”.

sejam destinadas a envolver a inteligência do ofendido em um mundo mendaz criado pelo ilaqueador: o ardil ocorreria por meio de palavras e discursos falaciosos, o artifício exige um pouco mais de teatralidade pela criação de alegorias para viabilizar o golpe. Não é incomum na práxis encontrar ambos os manejos associados.

Suficientemente conceituadas tais circunstâncias, há outro ponto que merece atenção no que tange ao artifício e ao ardil: a questão de sua idoneidade, ou, em outras palavras, a medida de sua efetividade para causar o engano, que é elementar ao tipo penal. Há basicamente duas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais a este respeito: aquela que considera que o exame de idoneidade há de ser feito *ex post* e aquela que considera que a análise deve ser realizada *ex ante*. A adesão a uma ou outra vertente depende do papel que assume a vítima no sistema dogmático, a chamada *vitimodogmática*.

A *vitimodogmática*⁷⁷ é uma perspectiva propalada por alguns penalistas alemães contemporâneos, dentre os quais destaca-se SCHÜNEMANN, que pretende trazer mais dos aspectos que envolvem a vítima para o plano da teoria do delito. Estes acadêmicos mencionam que o enfoque da ciência penal sempre foi o estudo daquele que comete delitos, tomando o ofendido como um coadjuvante. Afirmam ainda que não foi à toa que os trabalhos da Escola Positiva criminológica enfatizaram *L'uomo delinquente*. Dentre suas propostas está a de diminuir a intervenção do sistema punitivo nos casos em que a vítima abre mão de seu dever mínimo de diligência, especialmente nos chamados delitos de relação, nos quais há um nível de interação entre agressor e ofendido, mas não ocorre violência, como é o estelionato por excelência.

Retornando às correntes mencionadas, a primeira delas defende que a medida da idoneidade do artifício ou do ardil é feito após a consumação do engano. Portanto, se a atividade do sujeito ativo logrou êxito em induzir a vítima em erro, a ação delitiva é considerada eficaz.

⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. *La víctima en el sistema penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006. p. 27. Os autores afirmam que a desatenção da vítima em relação a seus próprios interesses pode sinalizar para a retirada da situação prática da mira do direito penal: “*En respuesta a la reciente crítica de la Viktimodogmatik, es necesario señalar que esta doctrina proviene no sólo desde el principio constitucional de que la criminalización debe ser necesaria y apropiada, sino también desde la simple lógica de las condiciones detrás de la eficiencia intimidatoria. Si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse en una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación de la víctima puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho penal si ella descuidó sus propios intereses. No obstante, este principio es solamente apropiado para delitos de relación, no para delitos violentos*”.

Advoga a segunda corrente que o aplicador deve observar isoladamente o artilho ou artifício, independentemente da obtenção do resultado almejado. Esta perspectiva é chamada de *ex ante*, pois pressupõe um exercício lógico de ilação, ao estudar o meio desvinculado do resultado e ponderar se aquela mesma ação seria, em si, apta a iludir uma pessoa com inteligência, diligência e experiência mínimas à qual fosse dirigida.

A advertência de que o posicionamento depende da visão global do delito, especialmente influenciada pela concepção de papel de vítima adotada, é feita a partir de critérios de política criminal relativos, especificamente, ao delito de estelionato, que se polarizam em dois grandes grupos de intérpretes. Um destes grupos possui um cariz tendente à maior repressão, o que deflui da inclinação a subestimar a participação da vítima e sua capacidade mínima de autodefesa; denominar-se-á este grupo de **hiper-repressivo**. O outro grupo adota a repressão como *extrema ratio*, uma vez que percebe a vítima como capaz de discernimento mínimo, portanto o Direito penal só atuará quando necessário; denominar-se-á este grupo de **restritivo**. FIANDACA e MUSCO⁷⁸ assinalam esta tensão dialética:

E in una prospettiva di sostanziale continuità con questa tradizione dottrinale si collocano, del resto, le più recenti evoluzioni della c.d. vittimo-domatica che, applicando alla truffa i rigorosi postulati dell'idea dell'ultima ratio, tornano a valorizzare la capacità di autotutela della vittima come criterio per valutare la necessità e la meritevolezza di pena.

A adesão a um desses dois polos hermenêuticos significa consequências para todos os elementos componentes da figura penal em comento. A repercussão de cada uma das perspectivas é bem exemplificada nos termos *artifício* ou *ardil*: caso parta-se de uma concepção hiper-repressiva, todo o meio que resultar em disposição patrimonial é suficiente para fazer incidir a norma incriminadora. Seguindo este caminho lógico, qualquer pequena mentira, qualquer pequena astúcia possuirá o condão de amoldar-se à conduta delitiva. A concepção hiper-repressiva retira da vítima qualquer possibilidade de evitação da violação de direito que se orienta a ela, pois representa um excessivo paternalismo sobre o ofendido.

Ainda, seguindo esta lógica de maior repressão, poderia haver dignidade penal em atos perpetrados por pessoas sedizentes detentoras de poderes divinos ou controle sobre os astros, ou até mesmo ciganas que divulgam a capacidade de trazer a pessoa

⁷⁸

FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 175.

amada em 3 dias, no momento em que recebessem valores de seus fiéis ou consulentes. Parece quase natural a resposta de que estas pequenas fraudes cotidianas não merecem ser alçadas ao *status* do delito de estelionato, pois essas ações não possuem ofensividade suficiente para amoldarem-se às referidas expressões típicas.

O posicionamento aqui adotado compatibiliza-se melhor com a linha que propugna um dado grau de responsabilidade da vítima no que se relaciona ao dever de proteger a si mesma. Nos casos que envolvem a conduta analisada, o olhar jurídico-criminal sobre a vítima não pode ser sempre revestido de indulgência, tratando-a como se hipossuficiente fosse.

Desse posicionamento adotado, deflui a própria a compreensão assumida para examinar a aptidão do *artifício* ou do *ardil* de causar lesão. Portanto, a idoneidade destes meios deve ser aferida *ex ante* pelo aplicador, independentemente de o resultado ter sido atingido ou não. Sem contar as hipóteses em que a diligência da vítima há de ser sopesada, evidentemente a caracterização típica é afastada quando o meio utilizado pelo agente for de uma rudimentaridade visível, como, v.g. um documento precariamente contrafeito.

Além do exame de idoneidade, a estrutura legal plasmada pelo art. 171 do Código Penal demanda que deva existir um inegável liame de correlação entre a ação – *artifício* ou *ardil* – e o resultado – *erro* – na percepção do enganado. O nexo de causalidade entre a conduta e a alteração de consciência é inarredável para a subsunção do caso concreto ao tipo penal. Caso o erro (ou sua manutenção) não possa ser reputado ao agente, não restam preenchidos os requisitos da *fattispecie*.

2.3.1 O silêncio como ardil

Dentro da temática do ferramental do estelionato, há uma temática um tanto polêmica, que versa sobre a viabilidade de seu cometimento pela via omissiva, ou, dito de outro modo, se reticência ou silêncio formariam meios hábeis para produção de engano. As formas de enfrentamento deste mote poderiam ser identificadas em três conjuntos, que passam a ser explicados.

O primeiro deles identifica-se com a jurisprudência dominante, a qual entende que o silêncio, em caso em que haveria obrigação jurídica de comunicação à contraparte, é suficiente⁷⁹ para configurar o instrumento da indução em erro.

O segundo conjunto⁸⁰ também compreende que o estelionato pode ser configurado por uma conduta omissiva, embora sofistique sua argumentação. Exige-se que, para além da violação de dever jurídico de informação, na análise do caso concreto, esse silêncio ou reticência possuam peso no envolvimento do ofendido. Além desse peso, exige-se uma análise aprofundada da **boa-fé objetiva**, preceito reitor dos negócios jurídicos, aplicável à hipótese fática.

O terceiro posicionamento, minoritário, articulado por FIANDACA e MUSCO⁸¹, defende que uma omissão não possui o condão de induzir em erro o sujeito passivo. O argumento dos autores, que é deveras sedutor, erige-se a partir de três subfundamentos: (a) a dificuldade de equivaler o agir ao omitir no caso do estelionato, em razão da escassez de normas que elencam as circunstâncias em que existe efetivo dever de informar; (b) a conduta de silenciar sobre dada circunstância que poderia levar o sujeito passivo a agir de forma diversa não o induz em uma falsa representação, mas sim o mantém em ausência de representação, pois permanece na situação prévia de ignorância; (c) em razão da forma vinculada do estelionato (exigência de *ardil* ou *artifício*), a escassez de previsão legal de obrigações jurídicas de comunicar impossibilita a identificação do dever do agente na casuística.

Assinala-se, desde logo, a filiação ao segundo conjunto de entendimentos; entende-se que é possível verificar quando ocorrem as obrigações jurídicas de informar, devendo ser ponderadas, a partir das peculiaridades atinentes ao caso concreto, o peso que a violação a este dever ocupou no processo de tomada de decisão pela vítima e os vetores interpretativos determinados pela boa-fé objetiva à espécie. Esta específica questão será tratada com maior profundidade no capítulo seguinte, mas desde já pontua-se a opção.

Com relação à crítica de FIANDACA e MUSCO, ela não se sustenta em razão de um equívoco de premissa. Uma vez que seja possível determinar os deveres de informar aplicáveis à hipótese fática, é possível a caracterização da figura típica a partir

⁷⁹ FANELLI, Andrea. *La truffa*. Milão: Giuffrè, 2009. p. 30.

⁸⁰ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. vol. 9. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952. p. 632-3.

⁸¹ FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 179.

da conduta omissiva. Pretende-se, ao longo deste trabalho, examinar os parâmetros identificadores de tais deveres, a fim de individualizar as situações que atrairiam a norma incriminadora, mesmo a partir do silêncio ou da reticência.

2.3.2 Erro: a falsa representação da realidade pelo ofendido

Suficientemente demonstrados os aspectos principais e as singularidades das manobras empregadas pelo sujeito ativo do estelionato, também é preciso ingressar no debate sobre suas repercussões, ou resultado que é infligido à vítima do delito, o qual antecederá o ato de disposição patrimonial. Tal resultado é o **erro** que consta da norma, que deve ser compreendido como uma alteração do estado psico-intelectivo do enganado. O erro é uma criação mental positiva⁸², uma representação deformada da realidade circundante, que determina a percepção de circunstâncias onde estas não existem, ou vice-versa.

Há de se ressaltar ainda que, sob a ótica da taxatividade, os artifícios ou ardis esgrimidos pelo agente devem estar imbricados, inexoravelmente, à criação de um contexto falacioso. Tampouco basta para configuração do tipo qualquer indução em erro; tal engano deve influenciar, fundamentalmente, na sedimentação do ato negocial, a ponto de tornar-se condição *sine qua non* da disposição patrimonial.

As recentes doutrinas alemã e espanhola frisam que o engano deve ser *bastante*, isto é, aquele que possui força de persuasão suficiente para convencer a vítima de que a decisão está sendo tomada sobre as bases corretas. Isto traz à baila outra questão interessante: se a geração de dúvida no ofendido basta para consubstanciar o crime. Ficariam ao abrigo da norma apenas as hipóteses em que ocorre falsa percepção da realidade a partir do engano, ou esta abarcaria também os casos em que a contraparte cogita que esteja a ser ilaqueada? Novamente, o caminho tomado depende do paradigma vitimodogmático⁸³ assimilado pelo intérprete.

A acepção que se possua do papel da vítima, assim como a inclinação hermenêutica para o delito de estelionato, dentre as duas grandes tipologias expostas no

⁸² A este respeito, oportuna a lição de FIANDACA e MUSCO: “*L’attività induttiva, realizzata mediante artifici o raggiri, deve generare come risultato l’errore del soggetto preso di mira: l’errore, nel senso della fattispecie in esame, è definibile come una falsa o distorta rappresentazione di circostanze di fatto capaci di incidere sul processo di formazione della volontà*”. (FIANDACA e MUSCO, *op.cit.*, p. 178. No mesmo sentido, SAMMARCO, *op. cit.*, p. 125).

⁸³ FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 181.

tópico anterior, são decisivos para fornecer resposta a esta indagação. Caso se opte por uma corrente de maior repressão, a tendência será conferir um caráter expansivo aos termos e expressões da rubrica, o que acabará por implicar a incorporação da dúvida ao erro.

A opção por uma corrente menos repressivista, de viés mais legal-restritivo, tenderá a não englobar automaticamente a dúvida como se fosse sinônimo de erro. Há duas possibilidades de saídas dogmáticas a partir deste prisma: a primeira, entender que qualquer hipótese em que o ofendido estava em dúvida não pode ser considerado estelionato; a segunda, menos extremista, é estabelecer uma distinção entre a **dúvida relevante** e a **dúvida irrelevante**.⁸⁴ A situação de dúvida relevante é aquela na qual o ofendido tem motivos razoáveis para acreditar que está a ser ludibriado e deixa de promover sua autodefesa, não buscando maiores informações sobre o ato jurídico que está prestes a praticar. Nestes casos, ocorre a elisão do elemento *erro*. Por outro lado, quando o sujeito tiver empenhado a prudência exigível, embora estivesse com uma leve insegurança indeterminada, existirá equivalência ao erro mencionado no dispositivo, pois os mecanismos de proteção do enganado não seriam suficientes para evitá-lo.

Consoante o exposto, o erro que interessa ao presente estudo conforma-se a partir do momento em que uma percepção transfigurada do plano fático suporta a realização de uma manifestação de vontade do sujeito passivo⁸⁵, mais especificamente um ato de disposição, o qual redundará em dano para si e vantagem indevida para outrem⁸⁶, que pode ser ou não o agente provocador do engano.

Neste mesmo aspecto, há de ser reconhecer que legislador de 1940 realizou um avanço técnico importante na redação do tipo penal do estelionato. Sob a égide do Código Penal de 1890, apenas estava abarcada a conduta do agente que inculcasse erro

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 183.

⁸⁵ MARINI, Giuliano. *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*. Milão: A. Giuffrè, 1970. p. 152.

⁸⁶ A este respeito, leciona MANCI, ainda a respeito do Código Zanardelli: “*La dizione dell’art. 413 C.P. <inducendo in errore, produce danno altrui con ingiusto profitto> mentre attribuisce al fatto dell’induzione in errore un valore causale nella costituzione della truffa, la fissa anche nei suoi termini di riferimento e, soprattutto, nel suo contenuto psichintellettivo, sia identificandola come un moto della coscienza e quindi una risoluzione volitiva a dare o a fare determinato dall’apprezzamento di un fatto esteriore abilmente rappresentato, sia limitandola alla cognizione di opportunità o di convenienza di una determinata prestazione, e cioè ad un vizio di discernimento non spontaneo (errore dovuto alla persona che si pretende ingannata) ma indotto per il dolo altrui e cioè sostaziandola in un giudizio nel quale si affermi l’influenza degli elementi offerti alla cognizione della vittima per un’elaborazione del sentimento e dell’intelligenza*”. (MANCI, Filippo, *op. cit.*, p. 109).

no ofendido; a hipótese de manutenção em erro era atípica. Por essa razão, a redação anterior foi objeto de dura crítica de HUNGRIA⁸⁷:

Truncando o modelo italiano, o nosso legislador conservou-se, entretanto, o defeito: a identificação da fraude penal somente quando o erro da vítima é provocado ou criado pelo agente. Ao que sôa o texto legal, o lastro fraudulento do estelionato é o induzimento em erro mediante o uso de artifícios. Si o artifício é empregado, não para induzir em erro, mas para entreter ou reforçar um erro anterior, não há estelionato. Perante a nossa lei penal, que se louvou na italiana, terá, assim, de ficar impune a lesão patrimonial fraudulenta, quando o agente, ainda que mediante aparato externo, não tendo tido a iniciativa do erro alheio, limita-se a aproveitar o preexistente engano da vítima, ou impedir que esta se liberte do erro em que labora.

A manutenção em erro é uma conduta de desvalor equivalente à indução. Frise-se, ainda, que, a partir da superação da perspectiva paternal sobre a vítima, não confundem-se com manutenção em erro as hipóteses em que a vítima ignorava determinado detalhe sobre a operação que estava prestes a celebrar. A **ignorância** é, por definição, desconhecer, o que é bastante diferente de conhecer distorcidamente. Em linguagem jurídico-penal, é ausência de representação, e não falsa.

Com efeito, certamente existem limitações aos deveres de informação nos negócios. Não seria exigível aos contraentes que, em qualquer negócio jurídico, expusessem às últimas consequências todos os dados que dispõem sobre o objeto, porquanto isto inviabilizaria as possibilidades de tratativas e relações econômicas. Espera-se daquele que está prestes a dispor de patrimônio para receber produto, mercadoria ou serviço um mínimo de iniciativa para inteirar-se do detalhamento técnico e tomar as cautelas de praxe para não ser lesado.

Assim, o escopo de proteção da norma incriminadora independe de o agente ter criado a representação distorcida da realidade para o ofendido ou apenas tê-la prolongado em benefício de seu desígnio. No capítulo específico sobre deveres imanescentes à boa-fé objetiva serão articulados os eventos geradores do dever de informar, assim como os momentos em que existe o dever informar-se.

⁸⁷

HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1934. p. 49.

2.3.3 Sujeitos ativo e passivo

Haja vista tratar-se de crime comum, o sujeito ativo do delito de estelionato pode ser qualquer pessoa, admitindo a possibilidade de concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal) na sua perpetração.

Dessume-se da estrutura típica que a vantagem indevida de que se ocupa o tipo pode ser tanto em benefício do próprio agente do crime como para terceiro. O *tertius* pode saber ou não da proveniência ilícita da vantagem. Se souber, pode ser responsabilizado a título de autoria ou participação, de acordo com as especificidades do caso concreto; se não souber, não será passível de imposição de sanção criminal.

Da mesma forma, há de se atentar que o patrimônio não necessariamente será da mesma pessoa que foi mantida ou induzida em erro: a vítima é quem sofre a diminuição patrimonial, não, obrigatoriamente, aquele a quem foi dirigido o artifício ou artil. A doutrina costuma denominar esta hipótese de *triangulação*, na qual o titular do patrimônio possui um representante ou procurador que goza de delegação de poder para realizar disposições patrimoniais. Exemplo tradicional é do estelionato cometido contra instituição financeira, na qual o agente se utiliza de documentação falsificada para obter crédito. O funcionário que recebe os documentos e concede o crédito é o alvo do engano; o patrimônio afetado pertence à pessoa jurídica da financeira.

No tocante à capacidade cognitiva da vítima, é necessário que o sujeito passivo possua condições de expressar vontade livre e válida para que o delito amolde-se ao art. 171 do Código Penal. Em se tratando de menores de idade e pessoas com desenvolvimento mental incompleto, a fraude que a estes se destinar será inócua, encontrando melhor correspondência no crime de abuso de incapazes, previsto no art. 173.⁸⁸

2.4 LIMITES ENTRE A FRAUDE CIVIL E A FRAUDE PENAL

Como é ínsito a toda atividade humana, a pactuação que visa à circulação de bem, serviço ou mercadoria está sujeita a um certo grau de astúcia, ou até mesmo

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial* 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 279.

malícia, daqueles que compõem os polos contratuais. Esta astúcia não se traduz automaticamente em fraude.

A praxe judicial permite constatar que, em diversas oportunidades, a vítima de estelionato tem convicção de que está obtendo grande vantagem sobre o sujeito ativo do delito. Afirma MANTOVANI⁸⁹ sobre este aspecto:

Rinviamo a quanto già detto sulla criminalità violenta e sulla criminalità fraudolenta (n. 12), va qui ricordato che la truffa è reato sempre più frequente nella vita moderna, aumentando proporzionalmente all'aumento dei traffici e al raffinarsi dell'istinto predatorio umano; è praticata di regola da individui adulti; e trova naturali vittime nei soggetti non sufficientemente accorti e vigili, o rischiosamente avidi, per cui non di rado il <<truffato>> è un <<truffatore>> più ingenuo, maldestro o sfortunato.

O mercado econômico aceita que os contratantes estejam investidos do *animus* de obtenção do máximo de vantagem do negócio jurídico convencionado, de maneira que a mencionada malícia, por vezes, estará no aproveitamento estratégico⁹⁰ de posição privilegiada. Assim, ocasionalmente, o resultado econômico da contratação mostrar-se-á muito mais favorável para um dos lados. Este desequilíbrio *per se* não é sinal de ocorrência de ilícito.

A doutrina⁹¹, usualmente, menciona três possíveis graduações no tocante ao ânimo malicioso dos contratantes. A primeira e mais leve graduação identificaria a esperteza inerente ao mundo dos negócios, que não possui relevância jurídica. A segunda identifica um agir que enceta violação de deveres contratuais, sintetizados pela boa-fé objetiva; nesta hipótese, o *animus* astuto acarreta um ilícito civil, com diferentes consequências de acordo com a espécie de dever violado. Por fim, o terceiro patamar seria de uma volição dolosa que, além de violar deveres contratuais, transubstancia-se em um artifício capaz de envolver a contraparte em negociação que permita locupletação indevida.

⁸⁹ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 197.

⁹⁰ A doutrina por vezes refere-se a este “jogo de cintura” comercial como *dolus bonus*, na medida em que a intenção estiver circunscrita a enfocar os aspectos positivos e omitir os negativos ao longo da transação.

⁹¹ HUNGRIA realiza análise percuciente destes descompassos entre o *business world* e a arena jurídica: “Certamente, a sagacidade nos negócios não é *fraude* juridicamente ponderável. Tolerar a o direito, dentro de certos limites, em obséquio mesmo à segurança e estabilidade dos contratos. Há uma licença para aquela costumeira astúcia com que se realiza o que vulgarmente se diz um *bom negócio*. Tendo de atender a critérios de oportunidade, nem sempre o direito coincide com a moral. *Non omne, quod licet, honestum est*. A cada um, no jogo dos negócios, é lícito chegar a brasa a sua sardinha.” (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. VII. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 181).

Com base nessas diferentes dimensões, não seria correto afirmar que toda tratativa imbuída de malícia atrairá a incidência de ilícito. Da mesma forma, nem sempre o ilícito civil coincidirá com o ilícito penal. Uma temática que ocupou juristas ao longo dos anos diz respeito à distinção entre a fraude civil e a fraude criminal.

A partir do escólio de um dos penalistas que mais aprofundou os debates sobre estelionato no país, HUNGRIA⁹² afirma haver:

(...) identidade perfeita, de modo e de finalidade, entre a fraude que integra o estelionato e o dolo que vicia os contratos de caráter econômico. Uma e outro estão enfeixados num mesmo conceito: malicioso engano, referido a uma locupletação injusta.

O raciocínio é continuado pelo autor, propondo o debate sobre a existência de correlação entre o ilícito penal e o ilícito civil. Este debate tem como pano de fundo a seguinte indagação: há uma fraude penal ou civil em essência? Há como definir antecipadamente se determinada conduta ensejará invalidade contratual e reparação ou apenamento?

A resposta mais adequada tende a ser negativa. O quadro de ilícitos deflui das opções políticas do legislador, isto é, uma conduta humana só adquire relevância penal no momento em que se enquadra à hipótese típica, não em razão de sua singular natureza.

Alguns autores já tentaram distinguir peremptoriamente os ilícitos, mas esta tentativa nunca obteve êxito. No Brasil, DELMANTO JR.⁹³ tentou diferenciar os ilícitos, sustentando que no estelionato “*sempre há fraude*”, que se implementaria pelo ferramental de engano do acusado – artifício e ardil –, em oposição ao inadimplemento negocial, em que não há fraude. Tal argumento trilha lógica circular, podendo ser simplificado em duas premissas: fraude criminal é quando há fraude; fraude civil é quando não há fraude, simples descumprimento. Além de representar uma reedição da teoria da *mise en scène*, segundo a qual a fraude criminal diferenciar-se-ia da civil em razão do pano de fundo alegórico, assumir tal conclusão significaria olvidar a

⁹² *Idem, ibidem*, p. 172.

⁹³ O autor afirma o seguinte: “Enfim, resta a conclusão de que no crime de estelionato sempre há fraude, engodo ou ardil praticado pelo agente antes mesmo da obtenção da vantagem ilícita, enganando efetivamente a vítima, ao contrário do que ocorre no mero ilícito civil decorrente de um descumprimento contratual no qual inexistia fraude”. (DELMANTO JUNIOR, Roberto. Estelionato e ilícito civil. *Revista Síntese*, Porto Alegre, v. 11, n. 67, abr/mai 2011).

possibilidade de um ilícito civil perpetrado por fraude, mas ao qual careça algum dos requisitos para se conformar à figura criminal.

Situação diversa diz respeito à imbricação entre a esfera penal e os demais âmbitos do direito.⁹⁴

HUNGRIA⁹⁵ alegava que estaria plasmada a fraude penal a partir do momento em que o agente provocasse engano sobre elemento substancial do contrato, ou sobre o objeto em si; a fraude civil ocorreria quando o engano recaísse sobre pontos periféricos do contrato. No mesmo sentido, leciona MAGALHÃES NORONHA⁹⁶, para quem “há uma espécie de fraude que fica fora da órbita do Direito Penal”, uma vez que “se assim não fosse, raro seria o negócio ou a transação em que se não divisaria fraude punível, pois, neles, são freqüentes os pequenos ardis, os ligeiros artifícios, os leves expedientes visando a resultado rendoso”.

Chancela-se a lição de HUNGRIA⁹⁷, quando pontifica: “No rigor do direito, repita-se, a fraude penal confunde-se, irrecusavelmente, com a fraude civil. Sòmente sob o transigente e oportunístico ponto de vista da política criminal é que se tem ou se deve fazer a distinção”.

MAGALHÃES NORONHA⁹⁸ sintetiza a dificuldade na definição dos limites entre as fraudes civil e penal:

Não nos parece haver diferença ontológica entre elas. A fraude é uma só. Pelo menos, não se pode firmar *a priori* um caráter distintivo. As teorias formuladas têm seu mérito. Podem mesmo, em determinado caso, ser de grande utilidade. Mas nenhuma delas oferece critério *seguro e constante* que mostre a diferença de essência entre essas fraudes.

⁹⁴ FREDERICO MARQUES, com sua clareza peculiar: “Nem há que falar na diversidade de conceitos, quanto à ilicitude, no Direito Penal e no Direito Privado. Como bem se exprimiu Antoine Pirovano, 'l'élément illicite, considéré en sa qualité d'élément constitutif de la faute (donc parti d'un tout) est identifié dans la faute civile et dans la faute penale'. Impossível, aliás, pensar-se de outro modo, diante da sistemática do Código Penal e da própria estruturação do crime como fato antijurídico. Se o exercício regular de um direito torna lícito o fato típico (CP, art. 19, III), entendido o Direito em qualquer de seus ramos, a conclusão a tirar-se, como explica F. Grispigni, é a de que somente existe ilícito penal quando também exista ilícito extrapenal. Não é concebível – assinala Mauro Leone – 'que de um lado um comportamento seja considerado legítimo... e que por um outro ângulo constitua ilícito pena'. (FREDERICO MARQUES, José. Estelionato: licitude civil e ilicitude penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, Ano 71, Junho de 1982, Volume 560. p. 286).

⁹⁵ HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, p. 189.

⁹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 380.

⁹⁷ HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, p. 191.

⁹⁸ NORONHA, *op.cit.*, pp. 379-380.

O autor conclui, desta forma, que o critério que permitirá distinguir uma fraude penal de uma fraude civil será a diferenciação que fará o julgador “à luz do caso concreto”, haja vista não haver um critério científico geral e abstrato aplicável. O ilustre penalista também se vale das valiosas lições de HUNGRIA⁹⁹, que, no seu julgamento, apresentou um “*critério elucidativo*”, mostrando-se, apesar de não absoluto, uma válida orientação na apreciação judicial do caso concreto: “...há quase sempre fraude penal quando, relativamente idôneo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a ideia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico”.

Cumprе assinalar, ainda - por mais que possa parecer redundante -, que não existe óbice para que exatamente a mesma conduta receba, concomitantemente, sanções civis e criminais. O ilícito criminal sempre será um ilícito civil; o ilícito civil nem sempre será um ilícito criminal.

2.4.1 O estelionato sobre objeto ilícito: a torpeza dúplice de agente e ofendido

Na matéria de fraude, uma questão recorrente é encontrada quando se investigam os limiares entre o direito civil e o direito penal: a possibilidade de punição quando o negócio subjacente à fraude for ilícito. Colocando de outro modo, a indagação é quando não só o sujeito ativo da fraude, como também o sujeito passivo estiver investido de intenção ilícita, se existe subsunção da conduta à norma incriminadora.

O problema pode ser mais facilmente visualizado a partir de uma situação hipotética: pense-se em uma pessoa que se apresente a alguém que necessite de um transplante de órgãos e afirme possuir órgão de doador compatível, que repassará àquele que necessita mediante recebimento de determinada quantia em dinheiro. Após estar em posse dos valores, o pretense intermediador não cumpre sua parte no acordado.

A título de exemplificação, poder-se-ia apanhar a vedação que o ordenamento jurídico brasileiro¹⁰⁰ impõe sobre a comercialização de órgãos. Assim, o objeto do negócio jurídico estabelecido entre as duas partes fictícias é ilícito. Sob a ótica do

⁹⁹ HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, p. 203.

¹⁰⁰ Vide Lei nº 9.434/97, art. 15 (Lei de Transplantes).

direito civil, este negócio jurídico seria plenamente inválido¹⁰¹, em razão da ilicitude de seu objeto.

Com efeito, se o indivíduo lesado ingressasse no juízo cível contra aquele que prometera o órgão, pretendendo instá-lo a cumprir sua parte da negociação, muito provavelmente sua ação não seria conhecida, em razão de sua impossibilidade jurídica. A dúvida que remanesce é se dito *contrato* mereceria atenção – e reprimenda – do direito penal.

Dentre os defensores da ausência de antijuridicidade de hipótese similar, está HUNGRIA, que arrima sua argumentação em dois alicerces principais. O primeiro argumento seria de que o direito penal não deve intervir em hipóteses em que o direito civil deixa de intervir.¹⁰² O segundo argumento, de cunho eminentemente moral, aduz não haver violação da ordem jurídica “quando o interesse individual lesado se achava comprometido numa ilicitude ou imoralidade”¹⁰³. Dito de outra maneira, isto significaria que o patrimônio da vítima não mereceria proteção penal, caso fosse destinado a uma prática ilícita ou imoral.

A tese de afastamento da antijuridicidade em razão da torpeza bilateral rendeu pouca produção de decisões. O período de maior proferimento de julgados foi nos anos 50 do século passado. Pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal traz como resultado dois acórdãos, a seguir transcritos:

Estelionato. Não impede a sua configuração a conduta ilícita ou imoral da vítima (torpeza bilateral). Emissão de cheque, sem fundos, em pagamento de dívida de jogo pode constituir crime de estelionato. O artigo 1477 do Código Civil, embora disponha que as dívidas de jogo não obrigam a pagamento, todavia acrescenta: “mas não se poderá recobrar a quantia que voluntariamente se pagou”. Assim, embora o cheque seja dado pro solvendo e não pro soluto, força, força é reconhecer que, se o réu tivesse provisão de fundos, o cheque teria sido recebido e o réu não teria ação para recobrar a respectiva importância. Logo, não há negar que, na espécie, a emissão do cheque sem fundos importou para a vítima um dano patrimonial.¹⁰⁴

¹⁰¹ BERNARDES DE MELLO conceitua ilicitude no ordenamento civil da seguinte forma: “O conceito de licitude do objeto está, essencialmente, relacionado ao de conformidade com o direito (vide a, antes, § 13). Não se restringe, assim, ao aspecto da pura legalidade, mas inclui a questão da moralidade. Objeto ilícito é aquele contrário ao direito, portanto, não somente à lei, mas também à moral, aos bons costumes”. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: Plano da validade*. 5.ed. Saraiva: São Paulo, 2001. p. 79)

¹⁰² HUNGRIA, *Comentário ao Código Penal*, p. 192.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 193.

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 33015, Relator Luiz Gallotti, j. 28/04/1954.

O segundo *decisum* acena para a possibilidade de ausência de antijuridicidade da torpeza bilateral, embora não a reconheça no caso concreto:

Habeas-Corpus. Instauração de ação penal quando se verifica torpeza bilateral. Sua impossibilidade desde que fique bem caracterizada a existência da mesma. Não sendo esta evidente deve prosseguir a ação penal.¹⁰⁵

Afora esse último precedente, que a reconhece em abstrato, a matéria da torpeza bilateral como excludente de antijuridicidade nunca prosperou nos tribunais. Vozes isoladas ainda defendem a possibilidade de incidência da excludente, como se pode depreender de recente artigo científico:

Ao entender como fato típico, antijurídico e punível um estelionato praticado com torpeza bilateral, o Estado valora com maior peso o patrimônio da vítima – desprezado por ela mesma – do que a sua própria ordem jurídica, pois está reconhecendo como existente e passível de surtir efeitos – ou seja, um ato válido, então – um negócio que o Código Civil expressamente declara ser inválido, uma vez que o objeto era ilícito. No confronto entre o patrimônio de uma vítima de má índole e o ordenamento jurídico, o Estado está optando por aquele.¹⁰⁶

Com respeito aos entendimentos em contrário, a tese do afastamento de tipicidade ou antijuridicidade em razão da torpeza da vítima não possui sustentação jurídico-penal. Seus dois principais pressupostos estão equivocados.

Um desses pressupostos, nas palavras do excerto acima transcrito “reconhecendo como existente e passível de surtir efeitos (...) um negócio que o Código Civil expressamente declara ser inválido” associa a reprimenda penal ao reconhecimento de validade do negócio jurídico, o que não é verdadeiro. A sanção penal não valida o ato jurídico celebrado entre as partes; a valoração que a lente penal realiza é sobre o fato naturalístico ocorrido, independentemente da licitude do negócio.

O outro alicerce da corrente que postula pela adoção da torpeza bilateral reside na má-fé do ofendido. Depreende-se desta formulação um caráter excessivamente moral, incompatível com um sistema penal racionalizado. Não há como concordar com a propositura de HUNGRIA¹⁰⁷, a qual dá conta que o interesse social é “que se protejam os homens de bem, e não os que empenham seu patrimônio num plano

¹⁰⁵ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 31779, Relator Rocha Lagoa, j. 6/12/1951.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Anderson. A torpeza bilateral como elemento desconstituído do fato típico no delito de estelionato. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº 395, setembro de 2010. p. 122.

¹⁰⁷ HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, p. 197.

delituoso ou imoral”. Possivelmente tal ideia do insigne penalista tenha sido concebida em sua tese de Livre-Docência para a então Faculdade Nacional de Direito, intitulada *Fraude penal*, cuja defesa ocorreu em 1934 e ainda possuía como parâmetro o Código Penal de 1891. Já apontou-se em segmento anterior que o Código Penal da República da Espada continha referência à boa-fé do ofendido como uma das circunstâncias elementares para caracterização típica, o que deixou de existir no sistema jurídico-penal estabelecido em 1940.

Por outro lado, pensa-se que os contributos dos estudos da vitimodogmática podem renovar a discussão sobre torpeza bilateral. Foi pontuado anteriormente que este paradigma funda-se na consideração dos direitos e interesses da vítima, trazendo-os à atenção da teoria do delito. Uma das possibilidades vislumbradas por meio desse procedimento é de reduzir o impacto da norma penal, diminuindo o caráter paternalista com que o ofendido muitas vezes é tratado, seja pelo legislador, seja pelo julgador. SCHÜNEMANN¹⁰⁸ descreve um pouco dos primórdios de tal acepção, bem como o raciocínio que constitui sua linha-condutora:

El Derecho penal –con una pequeña demora– extrajo consecuencias normativas de estas sugerencias: «*Viktimodogmatik*» (doctrina de orientación a la víctima), ha sido preguntado desde los tempranos 80s si reconocer las responsabilidades de la víctima podría ser una conveniente manera de restringir la noción del delito. Por ejemplo, no está claro que toda negociación (interacción) con un mal resultado para una de las partes merezca ser denominada «fraude», simplemente porque hubo alguna decepción en el comportamiento de una de las partes. En su lugar, puede haber casos donde tenemos que decir a la parte perdedora que una lesión fue su propia culpa.

Como se pode inferir do excerto transcrito, a vitimodogmática advoga um caminho para a renovação da ótica da intervenção penal, visualizando situações em que a vítima possuiria responsabilidades, não apenas direitos. Deve-se assinalar também que este tipo de análise presta-se a casos em que há uma interação entre ofendido e agente no curso do *iter criminis*, não a delitos violentos. Portanto, as hipóteses de estelionato, em que a vítima coopera com o agressor, são bastante adequadas para a aplicação dos preceitos de tal teoria.

¹⁰⁸

SCHÜNEMANN, *op.cit.*, p. 65

A figura penal atual, ao contrário do Código Penal anterior, não insere na redação típica a exigência de boa-fé do ofendido ¹⁰⁹. A partir das lições da vitimodogmática, pode-se pensar em um modelo que considere o papel da vítima do delito, não excluindo a antijuridicidade por completo, mas sim reduzindo o impacto da norma penal na situação concreta.

Uma das soluções que se propõe é a consideração do delito praticado contra vítima que esteja imbuída de desígnio ilícito como um delito incompleto, tentado. A vítima que empenha seu patrimônio em negócio que sabe (ou desconfia) ser ilícito com um agente do engano não merece a tutela penal em sua inteireza. Entretanto, excluir tais eventos da subsunção normativa seria uma omissão em casos em que existe claro interesse estatal de proteção.

Eis aqui claras repercussões da concepção de delito e de bem jurídico que se toma como pressuposto: a partir do paradigma de estelionato como delito pluriofensivo, ainda que o ofendido abra mão de seu patrimônio para que seu agressor o tome, persiste a lesividade da conduta direcionada ao bem jurídico confiança. Destarte, o fato de o negócio subjacente repousar sobre objeto ilegal não seria suficiente para afastar a tipicidade ou a antijuridicidade da fraude. De acordo com o evento concreto, poderia ocorrer a consideração do delito apenas na forma tentada, o que implicaria uma substancial redução na punição do *deceptor*.

Solução distinta, mas também possível, está vinculada à dosimetria do estelionato sobre objeto ilícito. Na fase de aplicação da sanção criminal, o julgador pode abrandar a pena imposta em virtude do comportamento da vítima, cuja má-fé foi verificada, a partir dos ditames estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal.

Assim, discorda-se daqueles que sugerem a exclusão de tipicidade ou de antijuridicidade da fraude quando o objeto em questão residir sobre fato ilícito. A partir das lições da vitimodogmática, a vítima que abre mão de seus direitos e interesses não deve ter a mesma proteção jurídica que aquela que se resguarda; portanto, a solução de considerar o delito cometido com torpeza bilateral como um delito iniciado mas não consumado representa uma racionalidade mais conforme com o Direito Penal como

¹⁰⁹ O estelionato no Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) fazia menção à boa-fé do ofendido no âmbito da própria norma incriminadora. Mencionava o art. 338: “Julgar-se-ha crime de estellionato: (...)5º Usar de artifício para surprehender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito;” Assim, sob sua égide seria possível a teoria da exclusão da tipicidade em razão de torpeza da vítima.

extrema ratio. De outra banda, a solução da mitigação da sanção criminal¹¹⁰ é possível sem a sofisticação dos critérios limitadores punitivos, bastando mera interpretação dos dispositivos do Código Penal para colocá-la em prática.

¹¹⁰ MARINI já apontava para tal possibilidade a partir da realidade legislativa italiana: “ *Ciò posto, ci sembrerebbe allora – in adesione a quanto più volte è stato autorevolmente osservato – che la questione della rilevanza od irrilevanza della c.d. truffa in illecito debba essere esaminata esclusivamente sul piano della conformità al tipo descritto dal legislatore e, cioè, in base alla presenza – nel fatto commesso dall’agente – degli estremi richiesti per la sua punibilità. Il che non impedisce che il giudice, esercitando i propri poteri discrezionali nel commisurare la pena, nonchè – a nostro sommo avviso – nel concedere o nel negare la circostanza di cui all’art. 62 bis c.p., tenga eventualmente conto della situazione nella quale trovavasi per proprio fatto la vittima (o dei motivi che ne hanno ispirato la condotta), trattando più benevolmente l’agente*”. (MARINI, *op. cit.*, p. 40).

3 FUNDAMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO DO ESTELIONATO CONTRATUAL: IMBRICAÇÕES ENTRE O DIREITO CONTRATUAL E O DIREITO PENAL

“A consciência do comércio é muito elástica quando se trata de negócios, porque faz parte dos principais requisitos do seu ofício enganar o comprador.”

Aluísio de Azevedo¹¹¹

Assinalou-se nos segmentos iniciais do trabalho que o cerne da investigação circunscreve-se ao Direito Penal, não obstante a particular transversalidade da tese, na qual confluem também dimensões de Direito Privado. A premissa tomada como fundamental é que não seria possível bem compreender as categorias jurídico-penais abordadas sem cotejá-las suficientemente com institutos sedimentados do Direito Civil.

No segundo capítulo do trabalho, pois, pretende-se apreciar a evolução do negócio jurídico, mas principalmente no que pertine ao exercício da liberdade de contratar e à boa-fé. Estes dois elementos possuem estreita vinculação com os elementos ainda incipientes do estelionato contratual, os quais serão aprofundados no terceiro capítulo.

O contrato pode ser compreendido como um acordo entre dois ou mais indivíduos, capaz de gerar deveres e direitos naquela relação particular, que podem ser coercitivamente exigidos a partir de sua celebração. A importância do instrumento como agente facilitador da economia levou WEBER¹¹² a afirmar:

La esencial peculiaridad material de la vida jurídica moderna, especialmente la privada, es, a diferencia de la antigua, **la enorme importancia adquirida por el *negocio* jurídico y, sobre todo, por el *contrato*, como fuente de pretensiones coactivamente garantizadas.** Lo anterior es tan característico en la esfera privada, **que la forma actual de “socialización” puede designarse precisamente hasta donde esa esfera alcanza, con el nombre de “contrato”.** La situación económica legítima del individuo, es decir, la suma de sus derechos legítimamente adquiridos e de sus obligaciones legales, se determina esencialmente desde el punto de vista jurídico, en parte por adquisiciones hereditarias derivadas de relaciones de derecho familiar e en parte también – directa o indirectamente – a través de los negocios jurídicos que aquel celebra o que son concluidos en su nombre. (g.n.)

¹¹¹ AZEVEDO, Aluísio. *O touro negro*. São Paulo: Martins, 1961. p. 65.

¹¹² WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 2. ed. trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Fondo de Cultura Económica: México, 2002. p. 533.

Interessante o raciocínio de WEBER antecipar, no início do século XX, o fenômeno atualmente bastante estudado do relacionamento social a partir de interesses econômicos. Isso que leva alguns autores¹¹³ a defender que a capacidade de consumir é hoje a medida de cidadania dos seres humanos. A grande utilização do contrato foi acompanhada de desvios de seu uso, como, por exemplo, a fraude contratual. Com o fito de bem esboçar seus contornos, aprofunda-se o conteúdo contratual que servirá de substrato para o confronto teórico da hipótese de trabalho.

3.1 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

Em razão de sua natureza extremamente complexa, e de sua sofisticação dogmática, o legislador do Código Civil de 2002 evitou elaborar um conceito de contrato, incumbência que restou a cargo da doutrina. PEREIRA¹¹⁴, “o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Desse conceito, merecem ser destacados alguns elementos: (i.) Acordo se refere ao fato dos contratantes sempre manifestarem a vontade de agir com vistas à produção de determinado resultado de interesse comum às partes do contrato. Tratam-se de duas ou mais vontades (bilateralidade ou plurilateralidade de partes), o que é inerente aos contratos, na medida em que sua constituição depende sempre do encontro de vontades de mais de um sujeito na consecução de objetos comuns.¹¹⁵ (ii.) A conformidade da ordem jurídica vem da necessidade em se seguir os requisitos de validade dados por lei, respeitar a função social do contrato e não ser defeso em norma jurídica. Quanto à (iii.) natureza patrimonial, em nenhum lugar a lei a ela se refere como um requisito para a validade de um contrato, mas a doutrina só entender ser essa a função prática do contrato, a causa geradora do acordo de vontades.

Aos fins que se destina a presente tese, não se dispensará atenção aos elementos de validade requeridos pelo art. 104 do Código Civil (aspectos subjetivo, objetivo e

¹¹³ Entre diversas obras que abordam o mote, uma é emblemática: BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 07. .

¹¹⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49.

formal), mas, sim, na estrutura de sua formação, na medida em que, é nelas etapas que o estelionato encontra seu *locus* de manifestação.

Tomando o contrato como a união de duas manifestações de vontade, a proposta e a aceitação, pode-se dizer que a primeira dá início à formação do contrato, e, de maneira genérica, não depende de forma especial.¹¹⁶ Assim, a formação do contrato consiste em um processo, isto é, em uma sequência de atos e comportamentos humanos coordenados entre si. Se esta sequência corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico, pode-se dizer que esse determinado contrato se formou, se concluiu, ou, nas palavras de PEREIRA, “ganhou existência”¹¹⁷.

Porém, os contratos não são constituídos, em sua totalidade, apenas por estas duas fases; contam, normalmente, com um momento prévio de diálogo, chamando de negociação preliminar. Esta negociação é o momento em que as partes se sondam e se estudam mutuamente, com fim à contratação futura, sem, contudo, haver vinculação jurídica entre as partes.

As negociações preliminares são a gênese¹¹⁸ que vai culminar na conclusão do contrato, seja pela via do acordo entre as partes – nos contratos consensuais –, ou pela entrega da coisa – nos contratos reais. As tratativas também se dividem em três momentos: a) negociações; e b) proposta; c) aceitação.

O início das negociações preliminares, em uma primeira abordagem, poderá consistir em uma solicitação de orçamento, indagação do preço de um serviço ou qualquer comportamento indicativo do interesse de celebrar um contrato. Neste

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21.

¹¹⁷ Confirmando tal ponto de vista quanto ao processo de formação contratual, assevera PEREIRA que “não nasce ele, entretanto, todo pronto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter. É, ao revés, o resultado de uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise perfeitamente se destacam: negociações preliminares; proposta, aceitação”. (PEREIRA, *op.cit.*, p. 32).

¹¹⁸ CARNEIRO DA FRADA adverte para a existência de deveres de proteção desde o início do contato entre as partes: “Na verdade, reconhece-se de há muito no espaço jurídico germânico que, na fase dos contactos negociais preparatórios, as partes estão ligadas por uma relação que, embora desprovida de deveres primários de prestação, as vincula à observância de determinados deveres de comportamento. Estes tanto se referem ao próprio contrato em perspectiva, impondo às partes o respeito pela confiança da contraparte que suscitem ou, em qualquer caso, a lisura da conduta durante a fase das negociações, como a salvaguarda da integridade pessoal e patrimonial das partes, visando evitar que a pretexto do contacto preparatório elas se causem mutuamente danos. (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António. *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 58).

momento, surge uma identidade de propósitos entre os pré-contratantes, em que ambos desejam prosperar nas tratativas.

Cumpra distinguir a proposta das negociações preliminares: as tratativas são atos tendentes à análise da viabilidade do contrato, enquanto a proposta é a exteriorização do projeto de contrato, a manifestação de uma vontade definida em todos os seus termos, dependente apenas da concordância da parte contrária para o aperfeiçoamento do contrato.¹¹⁹

Veja-se, a esse respeito, a lição de PEREIRA¹²⁰ sobre as negociações preliminares, afirmando que elas

não envolvem compromissos, nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro.

Em regra as negociações preliminares não vinculam, sejam elas orais ou escritas, pois é inerente ao princípio da liberdade contratual que os indivíduos tenham a autonomia de optar pela contratação, sem que a negativa estabeleça a obrigação de indenizar em favor do outro negociante.

De acordo com o art. 422 do Código Civil, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. A norma não olvidou a fase das tratativas. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa depois do contrato.

Daí a lição de NERY JÚNIOR¹²¹, para quem estão compreendidas no art. 422

as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os entabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-

¹¹⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 32.

¹²⁰ PEREIRA, *op.cit.*, p. 81.

¹²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil - estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 433.

contratantes também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais).

Com efeito, visto que o contrato se conforma de duas manifestações volitivas, obviamente estas não ocorrem no mesmo momento, mas de forma sucessiva. Como afirma GOMES¹²²,

A declaração inicial, que visa a suscitar o contrato, chama-se *proposta* ou *oferta*. Quem a emite é denominado *proponente* ou *policitante*. A declaração que lhe segue, indo ao seu encontro, chama-se *aceitação*, designando-se *aceitante* ou *oblato* o declarante.

Portanto, a proposta, por ser um ato que exige a manifestação da outra parte, produz efeitos jurídicos próprios. A doutrina entende que a proposta é constituída de uma característica básica: ela é uma declaração unilateral de vontade, através da qual o proponente envia um convite ao aceitante para realizar um contrato.¹²³ A proposta contém força vinculante em relação ao que se estipula¹²⁴ salvo quando o contrário for estipulado, vir da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Como há esta vinculação, o proponente poderá responder por perdas e danos caso provoque algum dano por ter injustificadamente retirado a oferta.

Nos casos de oferta ao público, regida pelo artigo 429 do CC, a sua retirada injustificada pode ensejar, alternativamente à indenização por perdas e danos, a exigência de cumprimento forçado da obrigação proposta ou a aceitação de outro produto ou serviço equivalente. Essas alternativas foram disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), no artigo 35, sendo ignoradas pelo legislador do CC/2002. Apenas recentemente as orientações doutrinária e jurisprudencial se modificaram para aceitar tais alternativas, em atenção ao princípio da preservação do conteúdo e objetivos contratuais.¹²⁵ Ademais, a proposta deve conter todos os elementos essenciais do negócio jurídico, como a informação do preço, da qualidade, quantidade, o tempo de entrega, a forma de pagamento, e, ainda, por ser elemento inicial do contrato, deve ser “inequívoca, precisa e completa”¹²⁶. PEREIRA acrescenta

¹²² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 67-68.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contrativas e extracontrativas*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

¹²⁴ PEREIRA, *op.cit.*, p. 34.

¹²⁵ PEREIRA, *op.cit.*, pp. 35-6.

¹²⁶ GOMES, *op.cit.*, p. 73.

que a proposta, além de apresentar os requisitos citados, deve ser “séria”¹²⁷, no sentido de que a ordem jurídica não compactuaria com um ato que se mostra falso ou uma brincadeira. Completa, por precisar conter todos os requisitos necessários e por esclarecer às dúvidas do aceitante.

Por clareza e precisão compreende-se a utilização de linguagem simples, coerente, de fácil acessibilidade e interpretação. Deve ser também inequívoca, ou seja, não deve conter condições ou reservas para um complemento posterior.¹²⁸ A proposta é revestida de obrigatoriedade, criando para o ofertante a obrigação de ser cumprida, sob pena de indenização pelos danos sofridos pelo oblato. Esta força vinculante não é absoluta, e se reconhece nos artigos 427 e 428 do CC de 2002 exceções a esta regra.

De acordo com esses dispositivos, será obrigatória a oferta: a) se contiver cláusulas expressas que retirem sua força vinculante; b) se em razão da natureza do negócio, a oferta sempre ser considerada como aberta; c) quando ocorrer circunstâncias peculiares que acaba por desobrigar o proponente.

A proposta, oferta ou policitação, é, nesses moldes, a declaração receptícia – pois para produzir efeitos tem de alcançar o destinatário – pela qual alguém (policitante, proponente, solicitante) efetivamente dirige a vontade declarada a outrem (aceitante, policitado, oblato), pretendendo celebrar um contrato. A proposta será *escrita*, quando se efetiva pela via de carta ou outro documento enviado ao policitado; será *oral*, quando se aperfeiçoa de viva voz, ou *tácita*, quando exteriorizada por atos inequívocos, tal como a exposição de um determinado objeto com o preço afixado na mercadoria.

No que tange às formas, não há de se falar em proposta silenciosa ou silêncio como forma de proposta. A exposição de objetos em estantes, por exemplo, constitui proposta tácita, uma vez que há prática de atos pelo vendedor em questão, qual seja, justamente, a disposição dos produtos, desde que estejam claros os elementos mínimos essenciais do contrato a ser formado. À medida que o silêncio parte da ideia de inação,

¹²⁷PEREIRA, *op.cit.*, p. 35.¹²⁸GONÇALVES, *op.cit.*, p. 25.

não se pode considerar que alguém inerte, sem praticar nenhuma ação e sem palavras, faça a outrem uma proposta contratual.¹²⁹

Na teoria clássica, a proposta era o primeiro elemento da relação contratual. Atualmente, na complexidade do processo obrigacional, consiste no ápice da fase das tratativas. Na fase das conversações preliminares só há uma análise de probabilidades, sem intenção definitiva de contratação. Por outro lado, a proposta ainda não traduz um contrato, mas, quando séria e completa, acarreta força vinculante para o policitante que a promove. A sua precisão serve como ponto de partida para o aperfeiçoamento do negócio, ao dispensar qualquer outra declaração unilateral receptícia *a posteriori*, definindo a estrutura e as linhas gerais do tipo contratual que será desenvolvido. O proponente deseja a aceitação, enquanto bastará ao aceitante se manifestar nos limites da anterior oferta. Na eventualidade de oferecimento de uma contraproposta, os papéis se invertem.

Isoladamente observadas, a proposta e a aceitação são negócios jurídicos unilaterais. Independente do nascimento do contrato, ambos possuem juridicidade, validade e aptidão para a produção de efeitos próprios, sendo o mais importante destes a vinculatividade. Porém, com a adesão da aceitação à oferta, surge um terceiro negócio jurídico, o negócio bilateral, hábil a realizar outra classe de efeitos, àqueles que se relacionam ao cumprimento da obrigação que acaba de ser constituída.¹³⁰

De fato, ensina CHAVES que a proposta é negócio jurídico, enquanto as negociações preliminares não o são. A proposta mantém o seu efeito jurídico mesmo que o contrato não se forme. Em caso de não conclusão do contrato, a proposta existiu e produziu os efeitos que dela se esperava (obrigatoriedade). A simples tratativa não apresenta essa característica.¹³¹

Após a oferta, sucede a aceitação pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a recusa, ou a aceitação modificativa, que não é

¹²⁹ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O Silêncio na Formação dos Contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39-40.

¹³⁰ Ensina MELLO que “Os negócios jurídicos unilaterais têm existência e eficácia autônomas, por isso não supõem nem provocam reciprocidade ou correspectividade dos efeitos jurídicos. Para existirem, basta a manifestação de vontade suficiente à composição de seu suporte fático (...) mesmo naquelas espécies cuja função é compor negócio jurídico bilateral, como na oferta (= proposta) e na aceitação, há apenas negócio jurídico unilateral até que se bilateralize”. (BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196-7).

¹³¹ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1997. p. 66.

propriamente aceitação, mas sim nova manifestação de vontade, outra oferta, no lugar da aceitação ou da recusa pura e simples, que se havia de esperar. O oferente passa à situação de destinatário da nova oferta e tem de aceitá-la ou recusá-la, ou, por sua vez, em lugar de proceder como destinatário, novamente oferecer.

Conforme assevera ROPPO¹³², o contrato resulta do encontro ou da fusão das vontades das partes. Para que este encontro de vontades possua efeitos jurídicos, deve haver uma certa exteriorização do pacto. Diversos podem ser os modos pelos quais a vontade de concluir um contrato pode ser manifestada para o exterior, mas nestes toma especial relevo a linguagem, tanto verbal quanto escrita, que na maior parte das ocasiões pavimentará os acordos entre as partes.

Por fim, a aceitação é a última declaração negocial necessária à conclusão do contrato. O aceite do oblato forma o consenso, sendo que o seu primeiro efeito será a vinculação de ambas as partes às obrigações contratualmente assumidas. Face ao carácter receptício da declaração de aceitação, não é suficiente o puro e simples ato de aceitar. É necessário que a aceitação seja realizada no prazo estipulado na proposta, em seus exatos termos, e que o aceite chegue ao conhecimento do proponente.

Em princípio, exige-se uma coincidência integral entre as duas declarações (oferta e aceitação) para a formação do contrato. A divergência do oblato indica o dissenso sobre aspectos principais ou secundários do negócio jurídico. Se o contrato for entre presentes não haverá problema algum em estabelecer o momento de formação do contrato, pois as partes se vinculam no instante em que o oblato aceita a proposta.¹³³

O problema ocorre quando o contrato é celebrado entre ausentes, em que a resposta leva algum tempo para chegar ao proponente.¹³⁴ Algumas são as teorias que se relacionam ao tema: (i.) a teoria da informação ou cognição entende que o contrato se conclui no momento em que a resposta chegar ao proponente e ele tomar conhecimento do que foi decidido. O inconveniente desta teoria é que o momento em que o contrato começa a produzir efeitos jurídicos encontra-se sob o arbítrio do proponente, que pode

¹³² ROPPO, Enzo. *O contrato*. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 93.

¹³³ GONÇALVES, *op.cit.*, p. 25.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 27.

abrir a resposta quando quiser¹³⁵; (ii.) a teoria da declaração ou agnição é dividida em mais três: a teoria da declaração propriamente dita, em que a conclusão do negócio coincide com o momento em que está sendo redigida a resposta (os inconvenientes desta teoria é a dificuldade em se comprovar o exato momento em que o aceitante escreveu esta resposta e também a possibilidade deste destruir a mensagem ao invés de enviá-la); e a teoria da expedição, onde não basta que a mensagem tenha sido escrita, devendo também ter saído do âmbito de controle do oblato, ou seja, deve ter sido expedida. É considerada a melhor teoria por não depender do arbítrio dos contraentes e é de fácil comprovação. É a teoria adotada pelo Código Civil em seu art. 434. E, por fim, tem-se a teoria da recepção que exige além da escrita da mensagem e de seu envio, que ela tenha sido entregue ao destinatário. A diferença desta, para a teoria da informação, é que aqui não se exige que o proponente tenha tomado conhecimento do que foi redigido.¹³⁶

3.2 AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE CONTRATUAL

No terreno contratual, há um esclarecimento terminológico que deve ser realizado de início: as expressões autonomia da vontade e autonomia privada não são sinônimas. Autonomia da vontade delineia a vontade livre do sujeito de deixar determinar suas atitudes e comportamentos de acordo com seu livre-arbítrio, com conotação fisiopsicológica, tal como alimentar-se, perambular, dormir, praticar esportes, etc. Por seu turno, a autonomia privada designa o poder que os indivíduos possuem de se vincularem a outros, pelo exercício de sua própria vontade, estabelecendo direitos e deveres entre si ao albergue do arcabouço jurídico. BETTI¹³⁷ descreve o poder criativo da autonomia privada:

Viene riconosciuta, cioè, quale attività e potestà, creativa, modificativa o estintiva di rapporti giuridici fra privato e privato: rapporti, la vita e le vicende dei quali sono disciplinate in anticipo da preesistenti norme giuridiche. La manifestazione precipua di codesta autonomia è il negozio giuridico. Il quale va, per l'appunto, concepito quale atto di autonomia privata, cui il diritto ricollega la nascita, la modificazione e l'estinzione di rapporti giuridici fra privato e privato. Tali effetti giuridici si producono in

¹³⁵ GONÇALVES, *op.cit.*, p. 26.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 25.

¹³⁷ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 50.

quanto sono disposti da norme le quali, assumendo per presupposto di fatto l'atto di autonomia privata, ad esso li ricollegano siccome a fattispecie necessaria e sufficiente.

Com efeito, o contrato realiza a liberdade de autodeterminação da pessoa mediante a estatuição de consequências jurídicas, de acordo com a lição de CARNEIRO DA FRADA¹³⁸. Há algumas outras questões terminológicas importantes para se atentar¹³⁹. Alguns civilistas apontam para a existência de suave distinção entre as expressões “liberdade de contratar” e “liberdade contratual”, em razão de não serem plenamente correlatas. Seguindo a precitada vertente, a liberdade de contratar “revela a plena liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade”. Já a liberdade contratual “enfoca o momento em que as partes cuidam de discutir e acomodar o conteúdo do contrato e definem suas cláusulas”¹⁴⁰.

140

Cumprе salientar que os conceitos em comento, autonomia dos particulares e prevalência das pactuações na esfera de relação privada são institutos seculares que transformaram-se profundamente desde sua criação. O contrato atualmente não é mais compreendido como uma carta branca para consolidação ampla e irrestrita dos interesses dos contratantes.

No auge do capitalismo pré-industrial, o paradigma dominante era que:

[...] no espaço privado existiriam relações entre partes iguais, que deveriam gozar de plena autonomia para regular seus próprios interesses. A mão

138

CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção...*, pp. 64-65. O autor português ainda registra a respeito da temática: “Estas, manifestando o *ita ius esto* contratual, radicam portanto nessa autodeterminação ou autovinculação, com independência aliás do fundamento último que se queira atribuir à autonomia privada. Claro que este poder conformador que é da essência do contrato reclama como correlato o ordenamento jurídico, o qual lhe confere, tutelando-o, realidade jurídica. Aquele existe ao abrigo de uma norma de competência de que este dispõe. Mas porque, pela aceitação da autonomia privada, o legislador não transfere para os sujeitos de direito privado uma incumbência própria, é a categoria do *reconhecimento*, e não a da *autorização* ou da *delegação*, a que melhor exprime a posição da ordem jurídica em face do poder conformador da vontade nos contratos”.

139

ROPPO afirma a respeito da autonomia privada: “Como se disse, o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da «liberdade contratual» — princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais — que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre. Daí a sua configuração geral, que não ressalta só no momento da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, mas evidentemente concerne a qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa econômica dos sujeitos privados, traduzida na iniciativa contratual”. (ROPPO, *op.cit.*, p. 132.)

140

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: RT, v. 45, p. 141-152. p. 147. Embora possam ser úteis no contexto em que foram produzidas, tais expressões serão utilizadas neste trabalho indistintamente.

invisível do mercado equacionaria os problemas sociais e promoveria o bem comum. Qualquer intervenção estatal na seara das relações econômicas e privadas era considerada como uma intrusão indevida.¹⁴¹

A complexificação das relações socioeconômicas na contemporaneidade foi gradativamente superando a concepção irrestrita de autonomia privada. Não obstante o reconhecimento da elevada importância de tal postulado para o regular desenvolvimento da economia, o grau de encadeamento das operações comerciais isoladas não permite que ele sobrepuje outros valores igualmente importante. Há ocasiões em que a aplicação absoluta da autonomia privada encetaria assimetrias sociais¹⁴²; por esta razão, o constituinte de 1988 mecanismos para temperar o mencionado preceito.

O mero atendimento ao *pacta sunt servanda*, enaltecido no período liberal-burguês, não é mais suficiente para conferir plena eficácia aos ditames contratuais; o objeto da pactuação também deve almejar sintonia com a função social que tiver a cumprir¹⁴³.

É lição comezinha de Direito Civil que o precitado adágio refere-se ao poder vinculante dos contratos, à sua cogência. O preceito sintetiza-se na ideia que o contrato produz lei entre as partes envolvidas, impondo a elas seu cumprimento, haja vista não permitir a modificação de seu conteúdo. Assim, se indivíduos que se encontram em patamar de igualdade livremente manifestaram suas vontades de se autovincular em um pacto, não podem posteriormente mudar *as regras do jogo* ou resolver inadimplir, ainda que parcialmente, o contratado, salvo em situações absolutamente imprevisíveis.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 323.

¹⁴² A respeito da mudança de eixo na teoria dos contratos, assevera NEGREIROS: “A evolução do pensamento jurídico em direção a uma nova concepção de contrato – identificada como uma concepção social do contrato – contrapõe ao modelo liberal clássico o modelo contemporâneo, uma narrativa histórica que assinala, sob o ponto de vista dos princípios, as transformações de maior significado para a renovação da teoria contratual”. (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24).

¹⁴³ De acordo com o art. 421 do Código Civil brasileiro de 2002, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Nesse diapasão, Jorge Cesa Ferreira da Silva alerta para “inclusão da função social no plano da eficácia”. Porém, assinala que o legislador civil de 2002 também incluiu a função social no plano da validade conforme o art. 2.035 do Código Civil, o qual disciplina que “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119-146. p.132)

Atualmente, com o advento da necessidade de uma leitura constitucional de todos os ramos do Direito, inclusive do Direito Privado, o princípio da obrigatoriedade dos contratos está relativizado. O Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/2002) contempla a teoria da imprevisão por meio do artigo 317 (“Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”) e do artigo 478 (“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”) mitigando a obrigatoriedade dos contratos.

A teoria da imprevisão consagrada no CCB/2002 possui raízes na cláusula *rebus sic stantibus*, literalmente significando "enquanto as coisas assim permanecerem" o contrato será cumprido. A ocorrência de situação imprevista pelas partes enseja a revisão do pacto, reajustando o mesmo à nova realidade fática.¹⁴⁴

¹⁴⁴ É exatamente neste sentido o seguinte julgado: CONTRATOS E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CDC. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. LEASING. DEVOLUÇÃO DO BEM ARRENDADO. RESTITUIÇÃO DO VRG PAGO ANTECIPADAMENTE. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES RECURSAIS DESASSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ.** 1. A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a **revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do pacta sunt servanda.** Precedentes. 2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do bem na posse da arrendadora, faz-se devido o cumprimento das parcelas vencidas e em aberto até a retomada do bem pelo arrendatário, ressalvando seu direito quanto à devolução ou compensação em seu favor dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. A diluição do valor residual ao longo do prazo contratual, cuja cobrança é feita juntamente com as parcelas das contraprestações, não impede que o arrendatário, por sua livre opção e interesse, desista da compra do bem objeto do contrato de leasing. Retomada a posse direta do bem pela arrendadora, extingue-se a possibilidade de o arrendatário exercer a opção da compra; por conseguinte, o valor residual, que antecipadamente vinha sendo pago para essa finalidade, deve ser devolvido. Precedentes. 3. A alegação de que o acórdão recorrido procedera à alteração no indexador pactuado no contrato de arrendamento mercantil mostra-se completamente desassociada das questões tratadas e decididas pelo acórdão, caracterizando fundamentação deficiente e, por conseguinte, óbice à exata compreensão da controvérsia, o que atrai, de forma inexorável, a dicção da Súmula 284/STF. 5. É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual a verificação do grau de sucumbência de cada parte, para fins de aplicação da norma contida no parágrafo único do art. 21 do CPC, enseja incursão à seara fático-probatória dos autos, vedada pela Súmula 7 desta Corte. 6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1383974/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data do Julgamento 13/12/2011, DJe 01/02/2012). (grifou-se).

A economia atual notabiliza-se pela profusão de negócios, de pessoas físicas e jurídicas.¹⁴⁵ Ações corriqueiras do cotidiano como aquisição de alimentos no supermercado, locação de imóvel para moradia, seguro veicular, a contratação de plano de saúde, aquisição de passagem aérea, a produção e fornecimento de determinado produto ou serviço representam algumas das relações contratuais que são entabuladas rotineiramente, às quais nem sempre se conferem as cautelas que a celebração de um negócio jurídico mereceria. São negociações de maior ou menor vulto, maior ou menor prazo.

Naturalmente tais contratações revelam disparidades. Devem ser consideradas diferenças de poder aquisitivo, de acesso à informação, de instrução formal, de facilidade/dificuldade de deslocamento das pessoas e dos bens envolvidos, da logística de trabalho das partes contratantes, entre outras. Tais discrepâncias acabam influenciando na dimensão da efetiva autonomia da vontade que o contraente possui, porquanto sua vontade é condicionada por esses aspectos culturais, sociais e econômicos.

Diante disso, adverte-se que

[...] importa reconhecer que quanto mais sacrificada a liberdade e igualdade substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e liberdade contratual.¹⁴⁶

Depreende-se, a partir desse raciocínio, que a autonomia privada guarda estreita vinculação com a liberdade contratual, na medida em que esta última será responsável por determinar os limites de conteúdo do pacto. As contingências podem

¹⁴⁵ “[...] Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz ou de água.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003. p. 103).

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 153. Nesse sentido, Daniel Sarmento, ao dissertar sobre a denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual é “ligada a compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política”, afirma que, em virtude dessa dimensão, a eficácia dos direitos fundamentais deve ser sentida em todas relações jurídicas, inclusive as de ordem privada. Ainda, pondera: “[...] Uma das consequências mais destacadas desta concepção é o reconhecimento de que as normas jurídicas em geral, especialmente as que consagram cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, devem ser interpretadas da forma que mais favoreça aos direitos fundamentais.” (SARMENTO, *op.cit.*, p. 325).

modular estes aspectos na relação concreta, mas eles “não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e de densidade”¹⁴⁷, haja vista “a sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas.”¹⁴⁸

No tocante às possíveis oscilações do contexto pactual, assevera MARTINS-COSTA¹⁴⁹:

[...] diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional - relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade - e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, **considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que é atribuída pelo ordenamento jurídico**, função esta, ensina Miguel Reale, que é ‘mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica. (grifou-se).

Suficientemente demonstrados os pressupostos do contrato, importa estudar o comportamento dos entabulantes, em especial sob o espectro do princípio da boa-fé objetiva. Esta é a temática sobre a qual reflete o item a seguir.

3.3 INTERPRETAÇÃO E EFEITOS DO CONTRATO CONFORME O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O Código Civil brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406) foi edificado com base nos princípios da socialidade, eticidade e operacionalidade, inspirados no culturalismo de Miguel Reale¹⁵⁰, além do princípio da sistematicidade, o qual comanda que todas as

¹⁴⁷ WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 3-10, jan./mar. 2004. p. 5.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 5.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 457.

¹⁵⁰ Consulte-se REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999. Em uma feliz síntese sobre a expressão do culturalismo de Miguel Reale no Código Civil de 2002, Gerson Branco salienta que “O culturalismo enquanto corrente de pensamento que aponta a cultura como paradigma central das ciências e da filosofia possui diversas formas de expressão e consequências evidentes na construção do conteúdo das ciências. A consequência do culturalismo de Reale sobre as ciências é uma visão integrante do conhecimento, uma busca constante da relação entre o que é a realidade e o

normas que integram o sistema devem se comunicar e retroalimentar. O princípio da socialidade traduz a ideia de que os valores coletivos se destacam em relação aos valores individuais, contrastando com a concepção egoísta da codificação liberal-burguesa oitocentista. Já o princípio da eticidade revela que a tutela da pessoa humana é origem de todos os demais axiomas que regem as relações privadas, concedendo-se mais poder ao juiz para solucionar o caso concreto de forma mais justa e equitativa¹⁵¹. Por fim, no que diz respeito à operacionalidade, este princípio implica que as regras de Direito previstas no Código Civil são comandos que demandam serem operacionalizados, utilizadas e, zelando-se por isso, a técnica legislativa de redação empregada procurou facilitar e favorecer sua aplicação na seara pragmática.

Dessa forma, a atual codificação, que é enriquecida na sua estrutura por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, revela a intenção legislativa de se pretender um sistema aberto. Reconhece-se, assim, a falácia do dogma da completude, o qual era preconizado nas codificações oitocentistas. O legislador não é onisciente e, tampouco, onipresente. O Estado, desse modo, constata que a dinâmica social exige a participação ativa e efetiva do intérprete para atualizar e adequar o texto ao contexto. A vagueza da linguagem dos princípios, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados não é, pois, defeito e, sim, uma técnica legislativa. Isso demanda ampla compreensão hermenêutica e, conseqüentemente, implica o reconhecimento de maior poder ao juiz.

Dentre os princípios que alimentam o sistema da codificação de 2002 está o da **boa-fé objetiva**, o qual se encontra insculpido no art. 422 do referido diploma.¹⁵² No

pensamento a respeito da própria realidade. A realidade é reconhecida como o resultado da ação do sujeito sobre o mundo, que ao mesmo tempo é atributiva de significado e que é determinada pela natureza.” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38).

¹⁵¹ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, p.28, jun. 1998.

¹⁵² “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Registre-se que há autores que se referem à boa-fé objetiva como sendo uma cláusula geral dentro do sistema do Código Civil brasileiro de 2002, tal como Martins-Costa em *A Boa-fé no Direito Privado* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), ao alertar que “A conveniência da inserção do princípio da boa-fé objetiva em cláusula geral [...]” (p. 518). Na mesma linha do que foi apontado na nota nº 95, para fins desta pesquisa, não se irá enfrentar a distinção entre princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados preconizada pelos civilistas pátrios, eis que tal estudo escapa ao objeto de trabalho da presente tese. Anote-se, por oportuno, que irá se prestigiar o emprego da expressão princípio da boa-fé objetiva, por se entender que reflete um mandato de otimização do legislador civil de 2002 no que tange ao comportamento das partes contratantes.

que se refere às origens deste princípio, saliente-se que o italiano Emilio BETTI foi o primeiro jurista a mencionar a aplicação objetiva do princípio da boa-fé. Já advertia que

A boa-fé contratual consiste não em um estado de ignorância, mas se aproxima de uma atitude cooperativa ativa, necessária para satisfazer as expectativas dos outros por meio de atitudes positivas próprias. Compreenda-se a negociação de boa fé, que hoje refere-se à lei e tendo em conta a conclusão e interpretação do contrato, e, especialmente, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações tomadas, e, como lealdade a um acordo, como o envolvimento no cumprimento das expectativas dos outros. É, essencialmente, lealdade e compromisso com a cooperação. É um critério de conduta inspirado e informado no interesse da outra parte.¹⁵³

No Brasil, a primeira referência legislativa à boa-fé foi realizada no art. 131 do Código Comercial de 1850¹⁵⁴. Tratava-se de expressa regra de interpretação. O Código Civil de 1916, cujos três pilares eram a família, a propriedade e o contrato, “nenhuma referência fez quanto à boa-fé objetiva, preferindo aplaudi-la em sua modalidade subjetiva¹⁵⁵, principalmente no Direito das Coisas e no de Família e Sucessões”¹⁵⁶. O Código Civil de 2002, como já referido, contemplou previsão expressa sobre a matéria em seu art. 422.

¹⁵³

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. v. 1. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953. p. 71, 77 e 79. “Invece la buona fede contrattuale consiste non già in uno stato di ignoranza, ma in un atteggiamento di fattiva cooperazione che porta ad adempiere l'altrui aspettativa con un positivo contegno proprio, da spiegare nell'interesse altrui. [...] Qui dobbiamo osservare che nella buona fede contrattuale, alla quale oggi la legge fa riferimento, sia con riguardo alla conclusione e all'interpretazione del contratto, sia soprattutto con riguardo all'adempimento dell'obbligazione assunta, [...] sia come fedeltà ad un accordo concluso, sia come impegno nell'adempimento delle altrui aspettative. **Essa è essenzialmente fedeltà e impegno di cooperazione.** [...] la 'bona fides' consiste in un criterio di condotta ispirata ed informata all'interesse della controparte, condotta diretta all'adempimento positivo della aspettativa di cooperazione di essa controparte.” (grifou-se)

¹⁵⁴

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

¹⁵⁵

Distingue-se a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. Enquanto a primeira está ligada à intenção do sujeito, a conduta do mesmo no caso concreto para fins de, por exemplo, adquirir a propriedade de imóvel por usucapião ordinária ou se ver indenizado por benfeitorias realizadas quando ignorava a existência de vício em sua posse, a boa-fé objetiva se vincula a um padrão de conduta correto e leal exigível dos contratantes.

¹⁵⁶

USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 91-92.

Compreenda-se que a boa-fé objetiva impõe aos contratantes um agir correto, leal. Trata-se da tutela da confiança entre os particulares. Ela “acaba por veicular a ideia de solidariedade”¹⁵⁷, já que é a “porta de entrada por excelência dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais”¹⁵⁸.

Assim, exige-se um agir correto, com boa-fé por parte dos contratantes quando, ao negociarem, exercitam sua autonomia privada. Saliente-se que “toda atribuição de autonomia demanda, como fator de equilíbrio, a atribuição de responsabilidade”.¹⁵⁹ Logo, ao se contratar, com o “recebimento de autonomia de disposição, recebe-se também a responsabilidade pelas consequências das decisões tomadas”¹⁶⁰.

De um lado, pois, no que tange ao controle dos efeitos dos contratos, incluindo a eficácia com relação a terceiros, o exercício de autonomia privada deve se conformar à função social do pacto. Destarte, “se houver duas ou mais hipóteses de, satisfatoriamente, executar um mesmo contrato, dever-se-á escolher a que promova melhores benefícios sociais, como é o caso daquela que mais proteja o meio ambiente”¹⁶¹. Por outro lado, analisando-se a avença sob um ângulo interno, exige-se dos contratantes comportamentos que observem padrões de confiança e lealdade.

Oportuno salientar, porém, que muitos são os significados da expressão boa-fé no Direito. Ela pode ser reconhecida, por exemplo, como aumento de deveres além dos que as partes contratantes expressamente manifestaram desejo de contrair — chamados deveres acessórios, secundários, conexos ou laterais —, tal como o dever de informação e o dever de cooperação¹⁶². Oportuna a lição de CARNEIRO DA

¹⁵⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 147-170. p. 169.

¹⁵⁸ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da, *op.cit.*, p.142.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p.123.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p.123. Nesse passo, o autor adverte à página 25 deste ensaio o que deve ter restado claro ao longo do já exposto, isto é, que a autonomia privada tem função e sentido revelados na Constituição Federal. Veja-se o art. 1º, III que, ao prescrever a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, permite depreender-se que se tutela o livre desenvolvimento da personalidade. Ainda, o art. 170, que funda a ordem econômica, liga a autonomia privada com a livre iniciativa e também com outros princípios como a defesa do meio ambiente.

¹⁶¹ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *op.cit.*, p.134.

¹⁶² Assim é que a boa-fé objetiva: [...] Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o que, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos. [...] **O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.** [...] Por meio da

FRADA¹⁶³ a respeito do entrecruzamento de deveres e das consequências de sua violação:

Existem pois conjecturas em que se reclama de qualquer um dos sujeitos que, limpidamente, "mostre as cartas", na medida em que o "jogo encoberto" conduza com probabilidade a um prejuízo do outro. Movemo-nos porém sempre no âmbito do que constituem os *ditames de uma conduta honesta e séria na negociação*. A responsabilidade decorre da infração de exigências da boa fé e não da frustração de expectativas do sujeito em si mesma considerada.

Nesse sentido, observa-se a importância do princípio da boa-fé para uma moderna concepção da relação obrigacional, já que a “boa-fé objetiva e autonomia de vontade são princípios que se complementam e permitem que o Direito Contratual esteja apto a oferecer respostas aos anseios das pessoas”¹⁶⁴, na medida em que “buscam exercer sua liberdade (obrigando-se pela própria vontade), mas que, ao mesmo tempo, também requerem alguma proteção às justas expectativas que possuem”¹⁶⁵.

Além de exercer uma função integrativa, fazendo incidir no contrato deveres laterais ou anexos de conduta, a boa-fé objetiva também exerce uma função limitadora do exercício abusivo de direitos subjetivos¹⁶⁶. Ainda, possui finalidade interpretativa¹⁶⁷. Adverte-se, destarte, que

interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. [...] O dever que se cumpre, ou se descumpre, é dever para com uma pessoa determinada. [...] A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos com a relação com a boa-fé é, por igual, **verificável apenas ‘in concreto’, examinando-o o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado.** [...] há deveres que promanam da vontade e outros **que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.** [...] **A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico.** Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. [...] **Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um ‘plus’ que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado.** [...] O ‘plus’ que integra o fim do negócio jurídico pode surgir, imediatamente, da atividade da pessoa com quem se contrata. (grifou-se). (COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 29-30, 33, 36-37, 40-41)

¹⁶³ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, p. 508

¹⁶⁴ USTÁRROZ, *op.cit.*, p. 94.

¹⁶⁵ USTÁRROZ, *op.cit.*, p. 94.

¹⁶⁶ Nessa linha de raciocínio, Antonio Junqueira de Azevedo afirma que “[...] o princípio da boa-fé, sem desprezar a vontade contratual, procura ir além dela e tomar em consideração sua exteriorização e as repercussões dessa exteriorização - perante a outra parte contratante **e até mesmo perante terceiros e o meio social.**” (grifou-se). (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado* - Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167). Também juristas portugueses se manifestam corroborando este entendimento. Veja-se: “[...] Pelos critérios da boa-fé alcançamos a indicação dos modos correctos de efectuar a prestação e de exigir o seu cumprimento; por eles **preenchemos integrativamente o conteúdo vinculativo da relação**; por eles, ainda, **demarcamos certos limites do exercício legítimo de um poder** formalmente reconhecido pela ordem jurídica, **no quadro da cláusula geral do abuso do direito.** [...] *Norma comportamental*, a boa-fé

O princípio da boa-fé encontra no direito as mais variadas aplicações.

[...]

[...] Começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento.

[...] disposições legislativas abertas, denominadas geralmente de ‘cláusulas gerais’, em que ao juiz se facultara editar a regra do caso. Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos.¹⁶⁸

Portanto, tendo em vista o objeto de estudo da presente pesquisa, torna-se essencial averiguar a tutela do comportamento das partes que negociam. Isso, em razão de que, embora a boa-fé objetiva exerça inúmeras funções dentro do sistema civil pátrio, ela servirá como um balizador racional das condutas, de maneira a auxiliar na triagem daquelas que assumirão ou não relevância penal.

Ainda, compreende-se também que a boa-fé objetiva deve ser empregada como paradigma hermenêutico¹⁶⁹ para garantir o equilíbrio¹⁷⁰ da relação contratual, satisfazendo interesses dos particulares, bem como os de toda a coletividade.

afirma-se, assim, também, nestas dimensões funcionais, e pelo menos em primeira linha, como *norma de responsabilidade*, fonte da obrigação de indenizar, em caso de violação.” (itálico no original) (grifou-se). (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: ARS IVDICANDI 91. AD HONOREM - 3. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Orgs.). V. II: Direito Privado, Coimbra, p. 667-732, 2008. p. 668).

¹⁶⁷ Refira-se, ainda, que a boa-fé tem função de cominação de nulidade do contrato e de imposição do dever de ressarcir. (SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *Op.cit.*, p.137).

¹⁶⁸ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33, 37 e 39.

¹⁶⁹ Nesse sentido, a jurisprudência se direciona: DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/2002. PREMEDITAÇÃO. COMPROVAÇÃO PELA SEGURADORA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO SEGURADO. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A ocorrência do suicídio antes do prazo bienal previsto no art. 798, caput, do CC/2002 não exime, por si só, a seguradora, do dever de indenizar. Referido dispositivo legal **deve ser interpretado em consonância com os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva que norteiam o novo Código Civil** (arts. 113 e 422 do CC/2002). 2. A obrigação da seguradora de pagar a indenização securitária somente pode ser afastada se ela comprovar a ocorrência de má-fé ou premeditação do segurado, a teor das Súmulas n. 105/STF e 61/STJ. 3. Alterar a conclusão do Tribunal de origem, que com base nos elementos de prova dos autos, entendeu pela não premeditação do suicídio, é inviável na via especial, haja vista o óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag 1166827/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Data do julgamento 06/11/2012, DJe 13/11/2012). (grifou-se). Veja-se também: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. **QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA**. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. 1.- O Tribunal

3.4 ACEPÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DOLO NO DIREITO CIVIL

A temática da afetação dos contratos a partir de sua contaminação por interesses ilícitos é uma matéria tradicional no Direito Privado, tratada tradicionalmente sob a denominação de *dolo*. De acordo com MARTINS-COSTA¹⁷¹: “dolo negocial constitui o ato, positivo ou negativo, com que, ‘conscientemente, se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea’”. Ao contrário do erro, que pode ser proveniente de uma representação equívoca do contexto espontânea, o dolo pressupõe um agir positivo que cria, mantém ou incrementa o erro da contraparte do negócio jurídico. Na hipótese que o referido agir não tivesse ocorrido, a parte iludida não teria celebrado o contrato, ou ao menos não teria manifestado sua vontade da maneira que fez.

Não é qualquer tipo de distorção da realidade que caracteriza o dolo, ensejando a possibilidade de anulação do negócio jurídico. A este respeito, pronuncia-se RODRIGUES¹⁷², realizando importante delimitação conceitual entre o *dolus bonus* e o *dolus malus*:

Poder-se-ia dizer que, embora para a moral o embuste ou a mentira, ainda que pequenos, sejam censuráveis, para o direito há um dolo menos intenso,

estadual concluiu que a ré agiu de má-fé, pois tinha conhecimento que o primeiro autor encontrava-se sob tratamento para o câncer que acomete sua saúde. Indevido e ilícito, portanto, o cancelamento unilateral do plano de saúde promovido pela ré. 2.- Conforme já decidido por esta Corte a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, **ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos** que regulam relações de consumo" (REsp 1.073.595/MG, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 29/04/2011). Dano moral configurado. [...] 5.- Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 175663/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, Data do julgamento 26/06/2012, DJe 29/06/2012). (grifou-se).

¹⁷⁰ Ao tecer comentários sobre a teoria da base objetiva do contrato, Clóvis do COUTO E SILVA aduz que “[...] o nosso sistema jurídico adota a teoria da base objetiva do negócio jurídico, em razão de a relação jurídica apresentar aspectos voluntarísticos, ou subjetivos, e objetivos, ou institucionais, resultantes da tensão entre o contrato e a realidade econômica. Esta tensão constitui, precisamente, a ‘base objetiva’ do contrato.” (COUTO E SILVA, *O Direito Privado brasileiro...*, p. 96). Nesse sentido, o autor propõe que o juiz intervenha na relação contratual para reequilibrá-la visando a tutela do interesse das partes. Se assim o é, entende-se, para fins da presente tese doutoral, que também se garante a adequação da avença, reequilibrando-a para prestigiar interesses públicos, maiores e, até, em alguns casos, contrários aos dos contratantes.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*. Ano 101. vol. 923. Setembro de 2012. p. 118

¹⁷² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte geral*. v.1. 34.ed. Saraiva: São Paulo, 2003. pp. 196-7.

que é tolerado, a par de um mais grave, que é repellido. Essa distinção decorre da necessidade de se preservar a segurança das relações jurídicas.

Esse dolo tolerado é o que os romanos chamavam *dolus bonus*, em oposição ao dolo mais grave, que seria o *dolus malus*. Aquele não induz a nulidade, pois quem nele incorre o faz por sua própria culpa, ou por uma simplesza de espírito inconcebível.

O exemplo corrente de *dolus bonus* é a gabança, por vezes exagerada, que o alienante faz daquilo que oferece à venda; é a propaganda, o reclamo levado a efeito com o intuito de seduzir o adquirente. Mas esse procedimento é tão difundido que certamente uma pessoa normal não se deixará ludibriar pela manobra; somente um homem de credulidade infantil se porá a adquirir tudo o que lhe é oferecido apenas porque o vendedor apregoa enfaticamente seu produto. De sorte que esse exagero no gabar as virtudes de uma coisa oferecida à venda não é, dada sua menor intensidade, considerada dolo pelo ordenamento jurídico, pois falta, para que se configure o vício, o requisito da gravidade.

Assevera a autora que o dolo, de acordo com a concepção civilística, pode incidir sobre qualquer fase¹⁷³ do processo obrigacional. Pode portanto ocorrer desde antes do início das tratativas (por exemplo, quando as maquinações perniciosas induzem a vítima a entrar em negociações preliminares), passando pela fase negociatória propriamente dita e avançar sobre o momento de conclusão do contrato. É possível verificar o dolo a operar na fase da execução contratual e, conforme o caso, até mesmo manifestando-se na fase pós-contratual.

Relevante afirmar que há duas distinções relevantes sobre a relação negocial inquinada de dolo que não se desenvolveram meramente por seu papel acadêmico de categorização. Elas dizem respeito à extensão do vício e ao momento em que este ocorreu. Não requer muito esforço intelectual concluir que a correta identificação destes dois elementos será fundamental para estabelecer os diferentes efeitos que o vício de vontade produzirá no tocante à validade e eficácia do liame estruturado entre as partes.

3.4.1 Modalidades de dolo

Quanto ao momento em que ocorre a indução maliciosa da declaração de vontade, há uma distinção simples porém importante: o dolo pode ser ou prévio ou posterior ao contrato. Há duas subespécies de dolo que precedem a celebração do negócio jurídico, quais sejam, o *dolo antecedente* e o *dolo contemporâneo*¹⁷⁴.

¹⁷³

MARTINS-COSTA, Judith. *Os regimes do dolo civil no direito brasileiro*, p. 119.

¹⁷⁴

MARTINS-COSTA, *Os regimes do dolo civil no direito brasileiro*, p. 120.

Exatamente estas são as subespécies que interessam diretamente ao presente estudo, porquanto uma das peculiaridades do **estelionato negocial** é que este configura-se até a conformação definitiva do vínculo obrigacional entre as partes; após estabelecida a pactuação, a fraude perpetrada será um inadimplemento doloso ou, no máximo, um estelionato convencional.

Deve-se mencionar que o dolo pós-contrato não merecerá maior aprofundamento por não guardar vinculação estreita com a matéria contratual que interessa a este estudo. Sua natureza jurídica é de infração contratual, possuindo apenas consequências no plano da eficácia, e não da validade.

No que respeita à extensão do vício, deve-se dizer que dita *extensão* está ligada à medida de entranhamento da perfídia do agente no contexto negocial. Vislumbram-se assim duas categorias¹⁷⁵ basilares para classificação do dolo: o chamado *dolo principal* e o *dolo accidental* ou *incidental*.

Como se está a falar da profundidade do engano no pacto estabelecido, considera-se dolo principal (*dolus causam dans contractu*) aquela indução em erro sobre elemento fulcral do contrato, especialmente sobre seu objeto. Um critério seguro para verificar sua presença, num hipotético juízo *ex ante*, caso fosse suprimida a falsa representação sobre a realidade não ocorreria acordo de vontades.

De outra banda, o dolo accidental tangencia o objeto do contrato. Nesta hipótese o enganado deseja o contrato, embora não nos termos em que foi sacramentado caso o dolo não estivesse presente. Assim, o negócio realizar-se-ia de qualquer forma, mas se a representação da realidade da contraparte fosse mais coerente, o teor seria distinto.

Já foi mencionado que um dos divisores das modalidades de dolo é sua eficácia. O Código Civil Brasileiro prevê que enseja anulabilidade do negócio jurídico a constatação de dolo (art. 145¹⁷⁶). Por outro lado, o mesmo diploma prevê que, em averiguado dolo accidental¹⁷⁷, existe apenas obrigação de reparar perdas e danos, não há previsão legal de anulabilidade. Eis representação esquemática das modalidades de

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 121.

¹⁷⁶ Assim dispõe o art. 145 do Código Civil: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”.

¹⁷⁷ Assim estatui o art. 146: “O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”.

dolo no ordenamento civil brasileiro, a fim de facilitar a visualização das categorias analíticas:

Fig. 1: Modalidades de dolo

Uma interpretação por exclusão permite concluir que os casos de dolo principal seriam passíveis de nulificação. Contudo, não há obrigatoriedade para que o julgador os anule, pois, conforme leciona MARTINS-COSTA¹⁷⁸, em nosso sistema existe uma margem discricionária para que o aplicador ajuste da melhor forma a norma à situação concreta. Em diversas hipóteses fáticas, a contraparte iludida não terá interesse em desvencilhar-se do contrato; para estes casos, poderá o juiz, mesmo que caracterizado o dolo principal, dar prosseguimento ao contrato, arbitrando a respectiva indenização pela indução em erro.

Ao menos no plano teórico, é possível elucubrar que uma ação delitiva incida sobre negócios jurídicos e possa caracterizar tanto o dolo acidental quanto o dolo principal. Isso é uma importante base para subsidiar a discussão do próximo capítulo,

¹⁷⁸

MARTINS-COSTA, *Os regimes do dolo civil no direito brasileiro*, p. 123

sobre os efeitos da prática do estelionato sobre o prosseguimento – ou não – da relação contratual.

3.4.2 Dolo informativo

No Direito Privado, o dolo pode possuir modalidades omissivas ou comissivas¹⁷⁹. Uma das espécies que possui maior relevância para a disciplina do estelionato contratual é o denominado dolo informativo; este configura-se quando houver dever de prestar informação¹⁸⁰ aplicável à circunstância, e o agir da parte houver provocado seu descumprimento total ou parcial.

Há de se salientar que a simples existência de dever de informar não é suficiente para suprir o dever correlato da contraparte de se autoinformar. Ademais, expôs-se no capítulo anterior que a perspectiva tomada como premissa para o detalhamento dogmático da fraude é de abandono de toda espécie de paternalismo penal do ofendido. Afora os casos em que a vítima possuir condições especiais de vulnerabilidade, não deve o sistema punitivo agir quando o enganado houver falhado com suas obrigações de cautela.

A doutrina civilística estabelece que há um parâmetro esperado da pessoa que se envolve em tratativas com vistas a encaminhar determinado negócio jurídico. Dentre os requisitos exigidos pelo ordenamento, há o dever de investigar, de vigiar e até mesmo de estar devidamente qualificado para a contratação a ser engendrada. Tais deveres são alçados a um patamar de exigência ainda maior quando estão inseridos na seara societária.

A este respeito, há um alerta de MARTINS-COSTA¹⁸¹ que merece ser reproduzido:

¹⁷⁹ O Código Civil admite expressamente tal possibilidade: “Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

¹⁸⁰ CARNEIRO DA FRADA afirma que “*Dever de verdade e dever de esclarecimento* (ou de informação) não podem confundir-se; são pois em rigor destrincháveis a responsabilidade pela (indevida) criação de expectativas e a decorrente da sua (indevida) manutenção. Supomos que, juridicamente, no último caso a responsabilidade requer o prévio estabelecimento de uma relação especial, ao passo que no outro esse requisito poderá eventualmente ser substituído pela intenção de a produzir”. (CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, pp. 471-472).

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, *Os regimes do dolo civil no direito brasileiro*, p. 125.

(...) devendo, igualmente, buscar a informação que entendem relevante para a avaliação da oportunidade de negociar e das características do bem a ser eventualmente adquirido. Fatos notórios também não carecem ser informados, sendo um limite inerente ao dever de informar o conhecimento da informação: quem já conhece um fato não pode ser enganado, nem por ação, nem por omissão. **Não há, por igual, um direito subjetivo absoluto à informação: esta é um bem jurídico marcadamente *relacional* na sua existência e na sua qualidade.** (g.n.)

Da lição da insigne privatista, depreende-se que a inatividade da parte não escusa o cumprimento dos deveres legais e/ou contratuais de autoinformação. O perfil da pessoa que deseja ingressar no mercado econômico, conforme prescreve o ordenamento civil é de um indivíduo perspicaz e prudente, que analisa não apenas as minúcias do negócio, como também a conjuntura em que se insere. Ademais, há dados cujo fornecimento é dispensável, ou por sua irrelevância frente ao todo, ou mesmo pela sua facilidade de acesso.

O dever de autoesclarecimento possui especial relevo em grandes fusões e incorporações societárias, assim como nos casos em que ocorre transferência de quotas sociais de uma sociedade empresária de médio a grande porte. Os envolvidos tomam uma série de cautelas determinadas pelos deveres acessórios de boa-fé objetiva, apurando todas as possíveis informações financeiras, contábeis, fiscais, entre outras, da pessoa jurídica alvo da negociação. Exatamente por estes motivos há demanda crescente por auditorias externas e realização de *due diligence* no ambiente corporativo da atualidade.

Assim, conforme já referido, o dolo informativo pode demonstrar-se de maneira ativa ou omissiva. A omissão informativa angaria contornos dolosos quando o agente do engano calar¹⁸² sobre aspecto cerne do negócio. Todavia, não basta que haja silêncio; para configuração do dolo omissivo, o dever de esclarecimento deve estar adstrito à própria essência da modalidade contratual. Nesse caminho, oportuna a

182

Nesse sentido, vale conferir a lição de RODRIGUES: “Um problema teórico relevante é o de saber se o silêncio será imputado a quem o guarda somente quando a lei exige que se manifeste, ou se caberá ao julgador, ante o exame do caso concreto, decidir se houve abstenção dolosa, ainda quando a lei não imponha o dever de falar. Embora a primeira opinião tenha seus adeptos e ofereça maior margem de segurança, por limitar o arbítrio do juiz, a segunda recolhe maior número de preferência; parte ela do pressuposto de que a obrigação de falar a verdade independe de imposição expressa e decorre das necessidades do comércio jurídico. No campo das obrigações, o dever de dizer a verdade é genérico, porque o clima do contrato exige a boa-fé dos contratantes. Algumas legislações o afirmam expressamente. Nas outras, o legislador se dispensa de afirmá-lo, persuadido, talvez, de ser isso supérfluo”. (RODRIGUES, *op.cit.*, pp. 197-8).

afirmativa de LÔBO: “o silêncio é intencional, com o intuito de fazer com que a outra parte não tome conhecimento de fato ou circunstância que a afastaria da conclusão do negócio jurídico”¹⁸³.

Por sua vez, o dolo informativo ativo é aquele que se consubstancia quando o agente apresenta uma informação mendaz capaz de deturpar a declaração de vontade alheia. Esta modalidade evidencia a contaminação da relação negocial pelo artifício ou embuste empregado. Uma vez constatado o dado inverídico, há de se analisar com que profundidade este repercutiu no contrato.

Interessante observar que o regramento do dolo na legislação civil assemelha-se, guardadas as proporções, à estrutura de tipificação do estelionato na legislação penal. Ao revés de ocorrer exaustiva enumeração das hipóteses configuradoras do dolo negocial, o arcabouço normativo instrumentaliza o aplicador com algumas chaves interpretativas – v.g. cânones da boa-fé objetiva, probidade, ônus informativo – para que possa analisar o quanto o negócio subjacente foi inquinado pelo vício de vontade. O caso concreto fornecerá os meios para verificar se a parte tomou os cuidados necessários e exigíveis de sua posição, se os postulados aplicativos foram rigorosamente observados, se a contraparte foi levada a contratar apenas pela violação do agente do engano. Estes componentes é que levarão à elaboração da solução jurídica mais equânime para o evento.

A opção do modelo legal de dolo aberto, seja pelas hipóteses ensejadoras, seja pelas sanções jurídicas, parece partir de uma consciência do legislador que o mundo econômico possui uma gama muito maior de alternativas do que as que podem ser encerradas em regras. Pululam no mercado exemplos de fraudes que afetam contraentes desafortunados.

Concluindo esta temática, convém apontar que a lógica do máximo proveito econômico capilariza-se no caldo cultural dos *players* econômicos. O desafio do operador é discernir entre as ocasiões em que o comportamento é simplesmente inerente ao meio, portanto irrelevante, das ocasiões que haverá consequências a serem

¹⁸³LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280.

impostas em razão da ruptura com o padrão de comportamento esperado. FORGIONI¹⁸⁴ sintetiza esta tensão dialética com sagacidade:

A separação entre racionalidade econômica e racionalidade jurídica vai se delineando de forma mais evidente: a economia lida com as *possíveis escolhas* do agente econômico dentro de uma ótica de maximização de seu proveito. **Mentir, enganar, trapacear são ações esperadas se forem do interesse do indivíduo. Para o direito, essa escolha da melhor conduta já foi feita pela lei, que elegeu determinados modelos comportamentais como adequados para a proteção de certos interesses.** (g.n.)

Certamente, nem toda mentira e engano são aptos a materializar o dolo. Igualmente, nem todo dolo negocial perfectibilizará os elementos jurídico-penais do estelionato. São as violações de deveres – na temática contratual, especialmente boa-fé objetiva – que orientarão as saídas mais seguras para as situações limítrofes.

3.5 A UTILIDADE DA TEORIA DOS CONTRATOS COMO DELINEADORA DO ALCANCE DO ESTELIONATO CONTRATUAL

No capítulo anterior, afirmou-se não haver critério ontológico a diferenciar a fraude civil da fraude criminal. Por outro lado, deve existir um norte a orientar os particulares – e também os aplicadores - sobre quais os limites entre uma conduta lícita, uma conduta ilícita civilmente e uma conduta ilícita criminalmente. A clareza do limiar de tais esferas presta-se a cumprir uma das finalidades ínsitas ao Direito Penal, que é a evitação de ações consideradas danosas socialmente pelo legislador. Um sistema jurídico-penal que almeje um certo grau de previsibilidade pauta-se pelo fornecimento de meios para que as pessoas a ele submetidas possuam consciência do momento em que suas ações começam a revestir-se de cariz delitivo.

A questão que se coloca a partir desta premissa é: como a disciplina da teoria dos contratos poderá servir ao exame do estelionato contratual?

Os postulados articulados, introjetados profundamente no Direito Privado, são de muita valia para guiar a resolução dos casos concretos – finalidade última da dogmática. De todos os preceitos e deveres mencionados, há um que exerce papel

¹⁸⁴

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 543-4.

essencial nesse plano: a boa-fé objetiva. Ela será o esteio operativo com o condão de atribuir o revestimento jurídico mais adequado às situações de fraude.

Com efeito, sem a pretensão de exaurir os vetores de interpretação contratual, o que, conforme já dito, seria impossível no campo teórico, apontam-se alguns lineamentos de critérios de aplicação. Assim, será possível estabelecer os diferentes matizes das categorias estudadas.

Começa-se, por ordem de relevância, pela boa-fé objetiva. Seu cunho de princípio-motor, do qual defluem princípios, direitos e deveres, informa a relação contratual em variados estágios e níveis. Não se propugna aqui uma acepção psicológica de boa-fé, mas sim a observância racionalizada dos *standards* de lealdade e de equidade negocial deflagrados por este postulado. O exame da incolumidade dos deveres acessórios da boa-fé incidentes no evento são essenciais para a tarefa de desenhar as fronteiras conceituais.

A título de exemplificação, pode-se apanhar o dever de esclarecimento e sua expressão nos contratos. O atual momento histórico certamente representa o de maior facilidade de acesso à informação para os seres humanos. Desta maneira, o caráter fluido e dinâmico da boa-fé objetiva permite temperar o dever de informação, extirpando do rol de obrigações dos contraentes a obrigação de declarar fatos de fácil apreensão ou até mesmo notórios.

Por outro lado, quando a posse dos dados imanescentes à contratação estiver com uma das partes, e não for facilmente atingível pela diligência da contraparte, sua camuflagem, distorção ou omissão acarretará a violação de dever fundamental *inter partes*. Uma vez fustigado o dever acessório, por via reflexa haverá lesão ao preceito da boa-fé. A quebra da boa-fé objetiva consubstancia o cometimento de ato ilícito na esfera civil, digno de atrair reparação de danos e até mesmo a anulação do pacto, a depender dos nuances do caso concreto.

Merece atenção o papel da boa-fé na composição da figura delitiva. A circunstância de haver ocorrido açodamento da lealdade contratual basta para que configure-se a fraude criminal, atraindo a tutela punitiva do Estado? A resposta é negativa.

A constatação de ilícito civil, no plano contratual, não toma automático contorno de ilícito criminal. Para que esteja configurado o estelionato, além da violação de dever contratual, deverão obrigatoriamente estar conjugados os termos do polinômio – engano, erro, prejuízo e vantagem indevida. Caso não estejam presentes tais elementos, haverá somente consequência no âmbito do Direito Privado.

Correlato ao princípio da boa-fé, outro aspecto da teoria contratual a auxiliar a investigação da fraude é o dolo. Duas das modalidades apresentadas, dolo principal e dolo accidental, trazem em seu bojo o questionamento sobre sua capacidade de permitir a subsunção jurídico-criminal. À primeira vista, poder-se-ia cogitar que o dolo accidental, em virtude de sua menor extensão, não possuiria força para atrair a norma penal, em virtude até mesmo do princípio da subsidiariedade. Ao menos no plano teórico, esta cogitação está equivocada.

Ainda que o dolo accidental possua menor magnitude, porquanto incide sobre uma fração determinada do pacto celebrado, essa fração pode ser idônea a plasmar a rubrica criminal. Se houver correspondência entre o caso concreto e a norma, até mesmo o dolo accidental pode ser enquadrado como estelionato, não obstante possua sanções menos gravosas no plano civil.

Com o intuito de compreender adequadamente as imbricações entre os referenciais do Direito Privado e a conduta que motiva este estudo, é necessário aprofundar dogmaticamente o estelionato contratual. A isto dedica-se o próximo capítulo.

4 DENSIFICAÇÃO DO ESTELIONATO CONTRATUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 UTILIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE O ESTELIONATO ORDINÁRIO E O ESTELIONATO CONTRATUAL

No intuito de esboçar o lastro teórico para aprofundamento da categoria cerne deste trabalho, buscou-se examinar minuciosamente os elementos do tipo penal de estelionato e os aspectos da teoria dos contratos que mais estão adstritos à investigação. Desta maneira, os pressupostos conceituais foram expostos nos capítulos anteriores.

Entretanto, há uma questão essencial a ser enfrentada antes de desenvolver a categoria *estelionato contratual*, vinculada à utilidade de especificação de tal categoria. Na hipótese de que não houvesse diferença prática entre o estelionato convencional e sua versão negocial, a criação e densificação dogmática da modalidade mostrar-se-ia atividade de cunho exclusivamente academicista, de utilidade pragmática inócua.

De acordo com a posição aqui assumida, existe motivação empírica para realizar a mencionada diferenciação. Nesse ponto, atenta-se à afirmativa de MARTINS-COSTA¹⁸⁵, para quem o papel dos trabalhos acadêmicos deve possuir como escopo a reflexão, a orientação e a indicação sistemática, visando ao aperfeiçoamento da prática jurídica. É precisamente este intuito que possui o detalhamento realizado nesta seção.

Tomando-se, portanto, a perspectiva da preocupação com o direito penal vivo – *law in action* –, articulam-se as premissas teóricas expostas para bem delimitar a tênue fronteira entre as modalidades convencional e contratual de estelionato. Serão ainda abordadas as profícuas experiências que o Direito comparado registra na temática, com o fito de apreciar os diversos vetores de sua inserção no Direito Penal brasileiro. Esta

¹⁸⁵ Leciona a professora que: “A doutrina desempenha o seu papel social quando não apenas *explica* o sistema, mas, por igual, ao *antecipar* possibilidades de sentido e soluções práticas que venham a atender as necessidades sociais, e – principalmente – ao formular e permitir a sobrevivência – de *modelos orientadores*, provendo a comunidade jurídica com representações, indicações e proposição de comportamentos. **É útil a doutrina (e só é útil a doutrina)** quando se ocupa com diligência e rigor da dogmática, este verdadeiro «núcleo da investigação científica no âmbito do direito», tecido e permanentemente reconstruído **a partir da reflexão sobre o sistema e a atenção à prática, objeto empírico da dogmática jurídica**”. (grifo nosso) (MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith *et ali*. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 32).

comparação será realizada com o cuidado de não efetuar uma simples importação ou transplante de categoria jurídica alienígena, situação que costuma trazer sérios problemas em sua materialização.

Feitos os alertas necessários, passa-se à distinção entre as duas espécies. À exata maneira que o dolo na acepção civilística, o estelionato pode ocorrer em diferentes momentos das fases contratuais. Isso significa que a prática delitiva pode residir tanto nas fases preliminares – convite, tratativas, etc. –, quanto após a celebração do pacto, em sua execução.

O critério diferencial entre ambas tipologias situa-se exatamente no momento em que se verifica a conduta dolosa do agente – dolo aqui conforme a concepção jurídico-penal. O estelionato contratual configura-se quando o dolo antecede a celebração do contrato, incidindo sobre alguma das fases do negócio jurídico. Com efeito, no estelionato contratual, o agente estabelece um pacto com o ofendido, possuindo ciência prévia de que não irá cumpri-lo, ou, ao menos, não irá cumpri-lo com observância estrita dos termos consentidos.

O estelionato negocial caracteriza-se por uma instrumentalidade executiva¹⁸⁶ consubstanciada pela introdução da fraude como elemento indelével da relação pré-contratual. Como esta definição constitui-se em uma subdivisão da modalidade tradicional da conduta – que é a regra geral –, os casos que não enquadrarem-se no mencionado intervalo temporal serão considerados ou estelionato ordinário ou mero inadimplemento obrigacional.

Cumpre apontar que tal noção destina-se à fixação dos parâmetros de aplicação, que deve ser utilizada pelos operadores como diretriz interpretativa. Já afirmou-se que o problema condutor desta pesquisa é que o desenvolvimento doutrinário insuficiente dos componentes do estelionato turva o discernimento do julgador, truncando a triagem entre os casos que efetivamente merecem reprimenda penal daqueles que muito bem poderiam ser resolvidos com sanções civis. Podem-se citar como exemplo destes parâmetros os requisitos para conformação do engano criminalmente perquirível, ao

¹⁸⁶ SAMMARCO, *op.cit.*, p. 4.

longo da formação da vontade das partes contratuais. SAMMARCO¹⁸⁷ preleciona a respeito da importância de precisar tais limites:

Così se il reo nell'ambito delle forme negoziali sceglie quella contrattuale, certamente moltissimi potranno essere i modi per convincere il soggetto passivo a dare il consenso e così disporre contrattualmente del proprio patrimonio, ma l'inganno in tali casi, dovrà inserirsi e schematizzarsi secondo precisi limiti operativi.

Seria até despidiendo mencionar que o esforço de conceituação suficiente volta-se a atender o espectro restritivo do sistema punitivo. A chave para subsunção à norma está nos respectivos meandros operativos do contrato. Realizada a distinção e explicada sua utilidade, passam-se a examinar os elementos da subespécie delitiva estudada, a partir de sua aplicação em duas nações que possuem maior tradição em sua aplicação e aprofundamento teórico: Espanha e Itália. Após o exame dos exemplos do Direito europeu, serão esquadrihados os elementos específicos do estelionato contratual, desenhando-se os caminhos para sua implantação no Direito Penal brasileiro.

4.2 CONTRIBUIÇÃO DA PRÁTICA JUDICIAL ESPANHOLA À CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL NO BRASIL

A modalidade negocial de estelionato, embora incipientemente desenvolvida no Brasil, não constitui novidade alguma em nações que comungam do sistema jurídico romano-germânico. Tomando-se como exemplo a Espanha, há algumas obras acadêmicas e decisões de tribunais dando conta do assim nominado *negócio jurídico criminalizado* ou *contrato civil criminalizado*.

Referido conceito concretizar-se-ia a partir dos seguintes requisitos estabelecidos pela jurisprudência: o engano típico provém da conduta do agente, o qual simula a intenção real de contratar, quando na verdade, quer tomar vantagem do adimplemento das prestações às quais obrigou-se a outra parte. O enganado ignora que o agente não possui pretensão de cumprir com suas obrigações contratuais desde o início. Desta maneira, o *deceptor* aproveita-se da confiança da contraparte, desvirtuando as etapas do contrato para instrumentalizá-las em seu benefício ou de outrem. Há assim uma premeditação, no marco da relação bilateral, identificada pelo dolo antecedente à consolidação do pacto.

¹⁸⁷ SAMMARCO, *op. cit.*, p. 64.

Este entendimento está arraigado na Corte Suprema espanhola. O Ministro Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, em decisão emblemática ¹⁸⁸, assim decide: *“la apreciación de lo que ha sido denominado en nuestra jurisprudencia negocio jurídico criminalizado exige la constancia de la voluntad primigenia de incumplir, como forma de engaño determinante de la disposición patrimonial que sufre el perjudicado”* E prossegue: *“en esta figura delictiva el ilícito penal aparece caracterizado – frente al mero ilícito civil – por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de cumplirla, de que el contrato aparente es el instrumento del fraude”*.¹⁸⁹

Resta bastante clara a identidade entre o *negócio jurídico criminalizado* e o estelionato contratual em comento. Os caracteres estabelecidos pela jurisprudência espanhola são: *i.* vontade prévia de não cumprimento pelo agente; *ii.* disposição patrimonial adstrita ao engano; e *iii.* contrato como instrumentalização da fraude.

Com relação ao **elemento subjetivo antecedente**, a Corte Espanhola, no Recurso de Cassação nº 2345/2012 ¹⁹⁰, de relatoria de MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, explanou que a existência ou não da intenção prévia do agente que pratica estelionato não se estabelece a partir de prova direta, mas, por ser um “fato de consciência”, um “fato subjetivo”, é necessário recorrer a um juízo de inferência para afirmar sua presença, sobre a base de um raciocínio indutivo construído sobre dados fáticos devidamente comprovados. Essa inferência, continua a decisão,

¹⁸⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de cassação nº 665/2013, Resolução nº 1903/2013. Relator Perfecto Agustin Andrés Ibañez. Julgado em 10 de outubro de 2013.

¹⁸⁹ No mesmo sentido: *“La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el incumplimiento contractual queda criminalizado bajo la forma de la estafa cuando con ocasión de la contratación de negocios jurídicos de carácter privado, ya sean civiles o mercantiles, uno de los contratantes - el sujeto activo - simula desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente buscado es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya. En tal sentido, hemos afirmado que existe estafa en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar, cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento. Esta distinción descansa en la existencia de un engaño inicial y causante en uno de los contratantes que da lugar al incumplimiento contractual, pero tal incumplimiento queda criminalizado, dando vida a la existencia del dolo penal propio del delito de estafa porque desde el principio existe una discordancia entre la voluntad interna de uno de los contratantes de no cumplir y enriquecerse, y la exteriorizada y engañosa que manifiesta un propósito de cumplimiento inexistente, radicando aquí el engaño. En los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan sólo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante (STS 14-6-2005)”*. (ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 649/2013, Resolução nº 1791/2013. Relator Francisco Monterde Ferrer. Julgado em 27 de setembro de 2013).

¹⁹⁰ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Segunda Sala Penal. Recurso de Cassação nº 2345/2012, Resolução nº 645/2013. Relator Miguel Colmenero Menendez de Luarda. Julgado em 18 de julho de 2013.

deve estar expressa na sentença e dever ser razoável, de modo que a conclusão obtida acerca do elemento fático subjetivo surja naturalmente dos dados disponíveis. Esse raciocínio se aplica a todos os demais elementos de natureza subjetiva e “*deben ser acreditados a través de las pruebas, aunque el sistema probatorio suele ser el propio de la llamada prueba indiciaria*”. O Relator não deixa de fazer uma ressalva: sublinha que a existência de provas a respeito da vontade oculta de não adimplir sua parte e de se beneficiar do cumprimento da parte alheia pode afetar o direito à presunção de inocência.

*De todos modos, aunque la distinción entre lo fáctico y lo jurídico, especialmente en relación con estos elementos subjetivos, no siempre sea fácil, la determinación de la concurrencia de los elementos jurídicos no es una cuestión de prueba, sino de subsunción. Se deben probar los elementos o presupuestos fácticos sobre los que se construye el dolo, pero determinar si en cada caso esos elementos son suficientes para configurarlo, es cuestión de subsunción. Dicho de otra forma, el conocimiento, la intención o la voluntad del sujeto son elementos fácticos de naturaleza subjetiva que ordinariamente se afirman como probados a través del mecanismo propio de la prueba indiciaria. Pero qué grado o qué modalidad de conocimiento o de intención o qué contenido de voluntad sean necesarios para establecer el dolo que requiere cada precepto penal es, sin embargo, una cuestión puramente jurídica, propia de la subsunción.*¹⁹¹

No que tange ao terceiro ponto, **contrato como instrumentalização da fraude**, o entendimento do Tribunal é de que, nos *negócios jurídicos criminalizados*, o contrato mesmo se constitui em um instrumento dissimulador, de ocultação, fingimento e fraude, valendo-se o agente da confiança e da boa-fé reinante na fixação ou perfectibilização dos contratos jurídicos, com claro e definitivo ânimo *ab initio* de inadimplemento por parte do defraudador. Assim conclui:

De la misma forma, en la STS nº 859/2011 se decía, con cita de otras anteriores que en estos casos es precisa "... la constancia de la voluntad primigenia de incumplir, como forma de engaño determinante de la disposición patrimonial que sufre el perjudicado. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo número 971/2009, de 15 de octubre, se dice que en esta figura delictiva el ilícito penal aparece caracterizado -frente al mero ilícito civil- por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de cumplirla, de que el contrato aparente es el instrumento del fraude, que se vertebra, en consecuencia, alrededor del elemento subjetivo (dolo antecedente o in contrahendo y no dolo subsequens) cristalizado en la voluntad inicial o concurrente de incumplir la prestación que se deriva del contrato, constituyendo un aparente contrato que se finge concluir, el instrumento

¹⁹¹ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Segunda Sala Penal. Recurso de Cassação nº 2345/2012, Resolução nº 645/2013. Relator Miguel Colmenero Menendez de Larcia. Julgado em 18 de julho de 2013.

disimulador o de ocultación del ilícito propósito y en definitiva del fraude (elemento objetivo del engaño)".¹⁹²

Um caso concreto¹⁹³ julgado pelo mesmo colegiado em 17 de outubro de 2013 fornece os realces fáticos da concepção da figura delitiva, por isso passa-se a narrá-lo. Daniel, possuindo intenção de levar a cabo um projeto imobiliário na China entrou em contato com Juan Enrique, o acusado, do qual teve referências por um conhecido. O ofendido pesquisou a experiência profissional de Juan Enrique e localizou relatos sobre sua atividade docente, artigos de imprensa, seu vínculo com a Fundación Universidad Internacional de la Experiencia (UNEX), bem como soube de uma pessoa que realizou projeto similar no exterior com ele. Daniel desejava os préstimos do acusado na intermediação de uma linha de crédito internacional de dez milhões de dólares, que seria o aporte necessário para a iniciativa.

Daniel e Juan Enrique celebraram então um contrato que denominaram *Joint Venture*; de acordo com os termos pactuados, o intermediador se obrigava a realizar todas as providências para lograr o fim pretendido e a contraparte deveria adiantar o valor de um milhão de dólares a fim de ressarcir os custos de gestão até a obtenção. O imputado fez menção a contatos reservados que deveria ter que fazer, com pessoas que segundo ele abririam caminho para a negociação, motivo pelo qual exigiu grande liberdade de movimentação e ausência de prestação de contas. Passado algum tempo e vendo que não havia frutos, Daniel cobrou resultados de Juan Enrique, o qual respondeu evasivamente. Passado mais tempo e já tendo ficado obsoleto o projeto, Daniel exigiu a rescisão do contrato e devolução de seu aporte financeiro; Juan Enrique não ofereceu resistência e firmaram novo contrato para tais efeitos, segundo o qual em até um ano seria restituído o valor pago, acrescido de quinhentos mil dólares a título de juros. Transcorrido o prazo, o ofendido percebeu que o novo contrato não passou de um subterfúgio para que o autor do artil ganhasse mais tempo.

A Sala Penal da Corte espanhola inferiu que o suposto intermediador nunca pretendeu auxiliar o seu parceiro na *"joint venture"*; sua intenção era de ilaquear a vítima desde quando começaram as tratativas do negócio. Dentre os elementos

¹⁹² ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Segunda Sala Penal. Recurso de Cassação nº 2345/2012, Resolução nº 645/2013. Relator Miguel Colmenero Menendez de Lurca. Julgado em 18 de julho de 2013.

¹⁹³ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 2193/2012, Resolução nº 756/2013. Relator José Ramon Soriano Soriano. Julgado em 17 de outubro de 2013.

caracterizadores do dolo antecedente, o Tribunal constatou que Juan Enrique adquiriu um automóvel luxuoso em nome de seu irmão, isto é, não possuía intenção de utilizar o valor adiantado para a consecução do projeto. O contrato principal ainda foi armado de uma sutileza, possivelmente vislumbrando possível demanda judicial superveniente, pois era dotado de uma cláusula ambígua, ao final, em que havia menção a um prazo de duração de 10 anos. Este prazo foi um argumento esgrimido por sua defesa, que sustentava que eventual descumprimento do acordado só ocorreria passado o referido termo final.

A Corte manteve a condenação proferida pela instância anterior, em razão de ter percebido que a hipótese fática amolda-se com precisão ao delito de *estafa*, insculpido no art. 248 do Código Penal espanhol¹⁹⁴. A categoria do *negócio civil criminalizado* foi essencial para orientar os julgadores interpretativamente, que perceberam o *animus* prévio do agente de entabular um contrato cujas prestações do prejudicado viriam a favorecê-lo, nunca tendo cogitado em dar andamento às suas próprias obrigações.

O Tribunal espanhol, por meio de suas decisões, mostra que, também na Espanha, há uma preocupação na diferenciação entre o ilícito penal e aquele que se mantém circunscrito à esfera cível. Assim, MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA¹⁹⁵ sublinha que o *negócio jurídico criminalizado* não deve ser confundido com o mero descumprimento de uma obrigação¹⁹⁶, porquanto, nestes casos, o dolo – tido como conhecimento e vontade de inadimplir – aparece posteriormente ao ato de disposição, de modo que não se pode verificar a existência de um engano que houvesse

¹⁹⁴

O tipo penal de estelionato no Direito Penal espanhol está assim estruturado: “*Artículo 248. 1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero*”.

¹⁹⁵

ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Segunda Sala Penal. Recurso de Cassação nº 2345/2012, Resolução nº 645/2013. Relator Miguel Colmenero Menendez de Lurca. Julgado em 18 de julho de 2013.

¹⁹⁶

“(…) a distinção do dolo penal para o dolo civil entre antecedente e subsequente é ingênua, de acordo com VALLE MUÑIZ. o autor diz que a distinção engano antecedente-subsequente apenas aplica-se para diferenciar estelionato do inadimplemento contratual doloso, coisa bem distinta de fraude ou vício de consentimento”. (VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 19).

causado o erro determinante para a caracterização do estelionato. Assim, essa situação no máximo poderia fundar demanda na esfera cível.

No mesmo sentido é o julgamento feito pelo Relator ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, no Recurso de Cassação nº 1159/2012¹⁹⁷, que identifica o dolo antecedente – entendido como o propósito prévio de inadimplir – como o fator de diferenciação entre a ilicitude civil e a ilicitude penal. No mesmo julgado, DEL MORAL GARCÍA¹⁹⁸ admite a existência da categoria do **dolo eventual** no crime de estelionato:

Existe también dolo defraudatorio cuando se lleva a cabo el negocio con propósito de cumplir solo si se dan las condiciones necesarias para ello, pero asumiendo y consintiendo la alta probabilidad de que eso no suceda y traspasando por tanto a la víctima el riesgo. Es lo que de forma indudable puede decirse que ha acaecido en este supuesto. Eso es dolo eventual. (...)La hipotética y no fundada ni segura esperanza de poder cumplir finalmente, no diluye el dolo si el sujeto es consciente de la probabilidad de que no se llegue a esa situación y a pesar de eso opta por efectuar en todo caso la operación para asegurarse su contrapartida (lucro) y hacer cargar al perjudicado con ese alto riesgo que esconde consciente de que, de comunicarlo, no obtendrá el precio pactado y no alcanzará el beneficio patrimonial buscado.

Com relação ao **engano**, entende a jurisprudência espanhola que, quando o motivo do erro do agente passivo deve-se mais à falta de diligência para se informar acerca das condições e do objeto do contrato do que propriamente à manobra enganosa utilizada pelo agente, não há crime de estelionato. Tal entendimento está pacificado no Tribunal Espanhol, e, segundo ANTONIO DEL MORAL GARCIA¹⁹⁹, a partir do julgado STS 1285/1998, tem “*sido reiterada luego en numerosas ocasiones (una de sus recientes muestras es la STS 319/2013, de 3 de abril) convirtiéndose casi en uno de los temas tópicos en la defensa de alguna modalidades defraudatorias*”.

Entretanto, o Relator faz uma ressalva pertinente:

Pero una cosa es que la maquinación fraudulenta sea absolutamente inidonea para generar un error en el sujeto pasivo y el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de éste (es el caso del cobro de cheques en los que se ha hecho figurar una firma fingida que no guarda similitud alguna con la auténtica); y otra que se dejen al margen de los tipos de estafa perjuicios ocasionados por engaño a quienes actuando de buena fe operan en las relaciones sociales y mercantiles con esas dosis de

¹⁹⁷ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 1159/2012, Resolução nº 691/2013. Relator Antonio del Moral Garcia. Julgado em 03 de julho de 2013. p. 09-10.

¹⁹⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 1159/2012, Resolução nº 691/2013. Relator Antonio del Moral Garcia. Julgado em 03 de julho de 2013. p. 09-10.

¹⁹⁹ *idem*, p. 04.

*confianza en los demás que son indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial. La autotutela no puede llevar a imponer e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática desconfianza en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción.*²⁰⁰

Infere-se que últimas correntes da vitimodogmática já se incorporaram à prática jurisdicional do Tribunal Supremo Espanhol, em particular no que respeita à necessidade de intervenção penal. Há uma exigência de que o engano deva ser bastante, embora sem restringir-se ao ponto de deixar de tutelar relações negociais que pressupõem boa-fé e confiança entre as partes. Frise-se que DEL MORAL GARCÍA reforça o abalo de confiança como consequência do delito de *estafa*. As Cortes Espanholas²⁰¹ ensinam que, para que o engano seja considerado suficiente para provocar erro em outrem, deve, em primeiro lugar ultrapassar o ilícito civil e penetrar na esfera da ilicitude penal; em segundo lugar, deve ser idôneo, relevante e adequado para produzir o erro que se constituirá em fraude, não bastando um erro grosseiro, fantástico ou inacessível, incapaz de alterar a vontade das pessoas, normalmente instruídas, de acordo com o ambiente social e cultural em que se desenvolvam:

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la insidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparenta la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en las relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En definitiva, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo -- SSTs 11169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6 --, o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser mas sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual (SSTs. 1243/2000 de 11.7, 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones

²⁰⁰ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 1159/2012, Resolução nº 691/2013. Relator Antonio del Moral Garcia. Julgado em 03 de julho de 2013.

²⁰¹ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 1159/2012, Resolução nº 691/2013. Relator Antonio del Moral Garcia. Julgado em 03 de julho de 2013. p. 05.

personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SS. 161/2002 de 4.2 , 2202/2002 de 21.3.2003)...²⁰²

Para o Tribunal espanhol, a tutela penal, no que se refere aos delitos contra o patrimônio, em especial o crime de estelionato, deve alcançar somente aquelas situações em que a ação do autor venceu os mecanismos de defesa disponíveis ao titular do bem ou do patrimônio violados. Para a realização do tipo objetivo do estelionato, não basta, então, que se verifique a ocorrência de um engano que cause prejuízo patrimonial ao titular do patrimônio; é necessário que, em um plano normativo e não meramente ontológico, o prejuízo patrimonial seja imputado objetivamente à ação enganosa, de acordo com o fim de proteção da norma, requerendo-se, com efeito, no art. 248 do Código Penal espanhol, que ele tenha lugar mediante um engano bastante²⁰³. Desse modo, DEL MORAL GARCÍA afirma que o contexto teórico adequado para a resolução dos problemas a que dá lugar esta exigência típica é o da imputação objetiva do resultado^{204 205}.

É flagrante a introjeção do ideário imputação objetiva na concepção espanhola de estelionato. Os julgadores admitem a utilização de certo conteúdo de “subjetividade”

²⁰² ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 1159/2012, Resolução nº 691/2013. Relator Antonio del Moral Garcia. Julgado em 03 de julho de 2013. p. 05.

²⁰³ A concepção de engano bastante é central para o desenvolvimento do trabalho de PASTOR MUÑOZ sobre a conduta penal espanhola de *estafa*. Afirma a autora: “A mi entender, la interpretación más correcta y coherente con nuestra regulación es la que concibe el tipo de estafa como delito contra el patrimonio y entiende que el «engaño bastante» debe constituir un riesgo de perjuicio patrimonial, es decir, que la instrumentalización debe ser un proyecto de lesión del patrimonio y el perjuicio, la cristalización en el resultado de la instrumentalización. Engaño y perjuicio no son dos valores distintos, sino que entre ellos existe una conexión material esencial, porque la instrumentalización típica debe constituir un proyecto de lesión del patrimonio. Por tanto, la manipulación del acto de disposición que sea inidónea para cristalizar en un perjuicio patrimonial no es un comportamiento típico de estafa, independientemente de que exista una afectación de la libertad general de obrar. Ahora bien, podría objetarse que, con esta solución, queda sin respuesta penal un lesión de la libertad de la víctima. A ello debe responderse que, aun cuando en un sentido fáctico se lesione la libertad de la víctima, esa afectación no es relevante a efectos de estafa”. (PASTOR MUÑOZ, Núria. *La determinación del engaño típico em el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 239.).

²⁰⁴ A teoria da imputação objetiva, explica o julgador, “parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal. En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidade de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar”.

²⁰⁵ ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha, Sala Penal. Recurso de Cassação nº 1159/2012, Resolução nº 691/2013. Relator Antonio del Moral Garcia. Julgado em 03 de julho de 2013. p. 05.

na valoração objetiva do comportamento, a partir da premissa de que não é possível extrair significado objetivo do comportamento sem conhecer a representação de quem age. No tipo do estelionato esses conhecimentos do autor têm um papel fundamental: assim, se o sujeito ativo aproveita-se de déficit cognitivo do ofendido, engano este inidôneo para o observador médio, em atenção à situação do caso particular, o tipo de estelionato não pode ser excluído. Quando o autor busca, propositalmente, a debilidade da vítima e sua credulidade elevada, nesse caso, é insuficiente o critério da inadequação do engano segundo um juízo de prognóstico baseado na normalidade do proceder social, pois o juízo de adequação depende dos conhecimentos especiais do autor.

Percebe-se nos julgados colhidos a eleição do critério de adequação social do engano como excludente da necessidade de valorações posteriores sobre a evitabilidade ou inevitabilidade do erro. É consectário lógico que o juízo de idoneidade do engano – para produção do erro e para imputação da disposição patrimonial – apenas tem início a partir da constatação de que o engano não é socialmente adequado ou permitido.

Ainda a partir da ótica da imputação objetiva, a Suprema Corte Espanhola pondera que, quando infringem-se os deveres de autotutela, a lesão patrimonial não é imputável objetivamente à ação do autor, ainda que o engano possa ser causa – no sentido da teoria da equivalência de condições – do prejuízo patrimonial. De acordo com o critério do fim de proteção da norma, não constitui fim do tipo do estelionato evitar as lesões patrimoniais facilmente evitáveis pelo titular do patrimônio que, com uma mínima diligência, teria evitado o prejuízo, pois o tipo penal cumpre somente uma função subsidiária de proteção. Se impõem, pois, necessárias restrições teleológicas à interpretação dos tipos penais, de modo que a conduta do autor reste fora do alcance do tipo quando a evitação da lesão ao bem jurídico se encontrava no seu próprio âmbito de competência. Em conclusão, este pensamento afirma que apenas é suficiente o engano quando é capaz de vencer os mecanismos de autoproteção que são exigíveis da vítima. Se a utilização dos mecanismos de autoproteção exigíveis do sujeito passivo são suficientes para vencer o engano, este é insuficiente – “não bastante” – para produzir o prejuízo patrimonial no sentido do tipo penal do estelionato.

Para concluir, percebe-se que, apesar da tendência de diminuir a “intrusão” punitiva indiscriminada nas disposições patrimoniais acarretadas por engano, observa-se frequentemente um discurso contemporizador na jurisprudência espanhola, que

propugna que não deve ocorrer a negativa de tutela a partir de um movimento de culpabilização da vítima decorrente de exigências abusivas de autoproteção. Isto redundaria na exclusão de aplicação do tipo, pois o indivíduo que possui elevado grau de autodefesa dificilmente será vitimado pelo estelionatário. Os julgadores espanhóis afirmam, ainda, que o ordenamento jurídico-criminal não decidiu apenas pela tutela de pessoas particularmente desconfiadas e/ou perspicazes.

4.3 CONTRIBUIÇÃO DA PRÁTICA JUDICIAL ITALIANA À CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL NO BRASIL

Mencionou-se que a construção da rubrica penal de estelionato no Brasil possuiu bastante influência do modelo italiano de *truffa*, tanto no Código Penal da Primeira República – inspirado pelo Código Zanardelli – quanto no formato em vigor – inspirado pelo Código Rocco. Assim, existe um claro interesse em estudar a aplicação do estelionato negocial na jurisprudência italiana.

A denominação *truffa contrattuale* surgiu em meados de 1960 entre os doutrinadores italianos. Oportuno salientar que desde então a categoria foi incorporada ao jargão dos tribunais.

Buscando-se decisões representativas da maneira de julgar das cortes italianas, há um afastamento diametral de estilo em relação aos pares ibéricos. A Corte de Cassação italiana possui um estilo de julgar sensivelmente menos professoral. No corpo das decisões não encontra-se a definição específica da categoria *truffa contrattuale* – ao contrário do *negócio civil criminalizado* –, ocorre pouca digressão teórica e mais enfrentamento de temáticas pontuais. Visando a adaptar a análise jurisprudencial ao teor dos julgados, segmenta-se análise em problemas tópicos selecionados dentre os mais interessantes da praxe judicial da Itália.

Dos julgados colhidos, há um²⁰⁶ que realiza um panorama mais amplo da conduta, consignando que o ato de disposição patrimonial, como elemento constitutivo da *fattispecie* incriminadora, consiste em ato voluntário, que cause vantagem indevida alheia em decorrência de dano próprio e determinado por erro induzido por conduta artificiosa. Referido aresto reconhece que tal ato de disposição não necessariamente

²⁰⁶ ITÁLIA. Corte di Cassazione Penale, seção III, Recurso nº 43347, Rel. Giovanni DIOTALLEVI, julgado em 13.11.2009.

deve ser classificado em termos de ato negocial, ou mesmo ato jurídico em sentido estrito, mas pode ser integrado também por mera permissão ou anuência, por tolerância ou por uma *traditio*, devendo-se considerar suficiente sua idoneidade para produzir um dano. O que realmente importa é a voluntariedade do ato, possuindo sua caracterização as mais diversas facetas.

4.3.1 Dever de informar/Boa-Fé

O dever contratual de esclarecimento, que deflui da boa-fé objetiva, já foi abordado pela Corte de Cassação italiana em caso de estelionato. Em determinado caso concreto (*Cassazione penale*, seção III, 15 janeiro de 2007, n. 563²⁰⁷), considerou-se configurado o delito de *truffa* em uma relação contratual de compra e venda, firmado sobre um imóvel residencial edificado em uma zona com destinação hoteleira. O sujeito vendedor ocultou tal condição administrativa do imóvel, razão pela qual entendeu-se que seu agir preencheria os requisitos para perfectibilização da figura criminosa.

Em situação similar (*Cassazione penale*, seção I, 12 de junho de 2006, n. 19996²⁰⁸), o mesmo colegiado considerou perfectibilizada a *truffa contrattuale* pela conduta de contraente alienante, o qual, durante a transação de compra e venda de dado bem, conscientemente deixou de informar ao comprador que havia um contrato precedente de venda do mesmo bem em favor de terceiros. A justificativa prestada pelo vendedor para a omissão, que o contrato anterior seria inválido, não foi suficiente para afastar a incidência da sanção criminal.

4.3.1.1 Silêncio na jurisprudência italiana

Diretamente relacionado ao dever de esclarecimento, há o papel do silêncio na subsunção típica do estelionato, visto a partir da interpretação judicial italiana. Em tópico anterior, foi abordada a polêmica que circunda a consideração do silêncio como *artifício* ou *ardil*.

²⁰⁷ ITÁLIA. Corte di Cassazione Penale, seção III, Recurso nº 563, Rel. Franco FIANDANESE, julgado em 15.01.2007.

²⁰⁸ ITÁLIA. Corte di Cassazione Penale, seção I, Recurso nº 19996, Rel. LOMBARDI, julgado em 12 de junho de 2006.

A Corte de Cassação penal considerou que os artifícios ou ardis exigidos pelo delito de *truffa contrattuale* poderiam ser materializados inclusive pelo silêncio guardado sobre alguma circunstância pela parte que teria o dever de informá-la²⁰⁹. O colegiado entendeu ser irrelevante que tais circunstâncias pudessem ser apreensíveis pela contraparte, caso houvesse empregado a diligência ordinária. A impressão que se extrai do conjunto de acórdãos do Tribunal italiano é que os instrumentos demandados para subsistência da *truffa contrattuale* podem se consubstanciar também no silêncio perniciosamente guardado sobre algumas circunstâncias por parte de quem teria o dever de trazê-las ao conhecimento da contraparte.

Não obstante, há uma clara distinção nos posicionamentos dos magistrados italianos em relação a seus pares ibéricos: os italianos possuem um viés muito mais indulgente com o ofendido que os espanhóis. Em matéria de silêncio, por exemplo, há decisões²¹⁰ que consideram configurado o estelionato contratual independentemente da acessibilidade que a vítima teria daquela informação ocultada, isto é, abrem mão até mesmo de exigir que o agente delitivo tenha operado de maneira a superar as barreiras defensivas mínimas do sujeito passivo.

O recorte de temas relativos ao estelionato contratual na experiência judicial espanhola e italiana demonstra a atualidade da discussão no Direito Comparado e – despojando-se de qualquer ranço de subserviência doutrinária frente à produção europeia – que a categoria examinada possui uma utilidade empírica, direcionada à otimização do trabalho dos tribunais. Nisto reside a valia de seu aprofundamento teórico – e aplicativo – para o Direito Penal brasileiro. Evidentemente, a introdução de mencionada concepção só pode ser intentada a partir de rígida filtragem crítica, evitando-se o transplante irrefletido da doutrina da tradição estrangeira.

²⁰⁹ ITÁLIA. Cassazione penale, seção II, Recurso nº 41717, Rel. DAVIGO, julgado em 30 de outubro de 2009.

²¹⁰ ITÁLIA. Cassazione penale, seção II, Recurso nº 47623, Rel. D'ALESSANDRO, julgado em 22 de dezembro de 2008. Afirma-se em excerto da decisão: “*indipendentemente dal fatto che dette circostanze siano conoscibili dalla controparte con ordinaria diligenza. (Fattispecie di tentata truffa in cui il venditore di un immobile aveva taciuto il fatto che il mutuo per l'acquisto dello stesso era stato stipulato da soggetto coinvolto in reato di corruzione con il rischio di possibile confisca per equivalente dell'immobile stesso)*”.

4.4 SINGULARIDADES DO BEM JURÍDICO NO ESTELIONATO CONTRATUAL

Pode-se observar que os julgados dos Tribunais europeus trazem interessantes discussões a lume sobre a *truffa contrattuale*, ou *negocio civil criminalizado*, as quais servem para instigar o aprofundamento da categoria no sistema criminal brasileiro. De acordo com a ótica constitucionalizada do Direito Penal, cotejada com o farto material examinado, percebe-se que há uma temática que deve principiar a estruturação da subespécie negocial do estelionato: o bem jurídico tutelado.

Quando se tratou do modelo genérico de estelionato formulado pelo Código Penal, apontou-se para uma objetividade jurídica plural, remando contra a correnteza da doutrina majoritária e de decisões judiciais. A maior parte dos autores e dos julgados apontava para a lesividade ao patrimônio; na faceta contratual não há como não pensar também no patrimônio enquanto valor de tutela normativa.

Não obstante, defendeu-se o cunho pluriofensivo da rubrica penal em virtude da imbricação de outro bem jurídico que atrai a tutela da norma incriminadora: a **confiança**²¹¹. Quando falou-se na configuração convencional do crime em comento, mencionou-se que a confiança é um simplificador das relações sociais. A partir do momento que uma pessoa cria expectativas em outra²¹², esta possui uma tendência natural a crer que serão atendidas. Portanto, na moldura do estelionato, a frustração de expectativas seria um elemento colateral a ser acrescido ao prejuízo patrimonial como resultado do evento delitivo.

²¹¹ A concepção do efeito desestabilizador econômico do delito já era abordada por SUTHERLAND em 1949. Em sua obra capital, o autor apresenta a **confiança** como interesse fundamental a ser violado pela delinquência do colarinho branco (categoria dentro da qual pode-se incluir o estelionato contratual): “Esta pérdida financiera del delito de “cuello blanco”, grande como es, es menos importante que el daño a las relaciones sociales. Los delitos de “cuello blanco” violan la confianza y, por lo tanto, crean desconfianza; esto reduce la moral social y produce desorganización social. Muchos de los delitos de “cuello blanco” atacan los principios fundamentales de las instituciones norte-americanas. Los delitos comunes, por otra parte, producen poco efecto en las instituciones sociales o en la desorganización social”. (SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. trad. Rosa del Olmo. Madri: La Piqueta, 1999. p. 68-9).

²¹² CARNEIRO DA FRADA articula com percuciência os efeitos perniciosos da instigação da expectativa alheia: “Pertence aos ditames de uma *conduta leal e correcta* que *nenhuma das partes acalente na outra expectativas infundadas quanto a condutas futuras*. Tal implica um dever de não se apresentar sequer a negociar ou, então, de não criar uma confiança (excessiva) na conclusão do contrato, respectivamente *se não há desde o início* vontade de levar as negociações a bom termo ou quando essa vontade se não apresenta suficientemente firme. Como impõe um dever recíproco de informar acerca de modificações posteriores na disponibilidade de prosseguir negociações sérias com vista à celebração do negócio”. (CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*..., p. 507).

Esse elemento colateral ascende a patamares mais elevados quando é transposto para o contexto do mundo dos negócios. As relações de mercado, cada vez menos pessoais e mais interdependentes, trabalham inserindo a fidúcia como elemento imprescindível da equação de circulação de bens, produtos e serviços. Mais que simples catalisador, a confiança erige-se como verdadeira ponte entre contraentes: numa realidade de distanciamento físico dos sujeitos, o único indicativo de futuro adimplemento é a fundada expectativa de satisfação dos interesses na relação bilateral. Uma vez que um dos contraentes comprometeu-se a assumir determinadas obrigações, a regra é que estas sejam prestadas conforme os termos acordados.

Há um exemplo prático que pode ser pinçado a fim de evidenciar a substância do que se está a afirmar. São comuns atualmente as compras de produtos por intermédio de *sites* na internet, produtos das mais variadas espécies: livros, DVDs, eletrodomésticos, cosméticos, vinhos, objetos de decoração entre outros. O cliente de tais *sites*, na quase totalidade das oportunidades, é compelido a fazer o pagamento antecipado, por cartão de crédito, transferência de valor ou boleto bancário, sob pena de não conseguir completar seu pedido. O envelopamento jurídico de tal circunstância é o seguinte: é estabelecido um contrato de compra e venda, no qual os contraentes não se conhecem. É exigido do cliente que pague antes de receber o produto. A entrega da mercadoria frequentemente ocorre dias ou até semanas após o pagamento.

Alguns *sites* de compras disponibilizam seções nas quais os consumidores podem trocar experiências, registrar comentários, avaliações e até reclamações sobre os produtos adquiridos e sobre a empresa em si. Isto nada mais é senão a formação de uma rede de confiança em torno do sistema de compras virtuais. O fato de o usuário ter conhecimento de que outros clientes o antecederam, de que suas encomendas foram entregues no prazo estipulado e que as condições dos objetos correspondiam ao que fora anunciado deixa-o mais seguro para que também lance mão do mesmo mecanismo. Indubitavelmente, quanto maiores forem os retrospectos positivos, maior será a segurança – expectativa fundada, portanto – de que os bens serão recebidos segundo o que é esperado.

Por outro lado, uma avaliação negativa pode arrasar a credibilidade de um serviço da espécie. No momento em que um consumidor dispendeu dinheiro e não recebeu a contraprestação, seja por inocorrência de entrega ou até mesmo por

discrepância entre a qualidade da mercadoria anunciada e a da recebida, inicia a propagação da notícia negativa entre os demais clientes. Caso as prestações inadequadas multipliquem, isto pode levar até mesmo ao encerramento das atividades de um serviço pautado pela confiabilidade.

MILGROM, NORTH e WEINGAST²¹³ realizam um exame que é de grande valia para o raciocínio exposto. Estes autores estudaram as Feiras de Champagne, ocorridas no medievo europeu, e verificaram a existência de um sistema de avaliação de reputações dos comerciantes, a partir dos parâmetros estabelecidos pela *lex mercatoria*. Em um contexto histórico que as distâncias demoravam muito tempo para serem superadas, a disposição de riqueza ou mercadoria sem a respectiva contrapartida poderia significar que aquele valor nunca mais seria resgatado. Criaram-se alguns Tribunais de Comércio, antes mesmo do surgimento dos Estados-Nação, os quais eram responsáveis por aplicar sanções por violações a este Direito consuetudinário mercantil, e também mediar eventuais querelas decorrentes das transações negociais então celebradas. Assim, a credibilidade, ou confiança, torna-se importante não apenas para o mercador isoladamente, mas sim para o funcionamento adequado de todo aquele sistema mercantil.

Este ponto é essencial para que se compreenda o papel da confiança enquanto bem jurídico digno de tutela no estelionato contratual, ao lado do patrimônio. Dentre os críticos da possibilidade, pode-se trazer o entendimento de CHOCLÁN MONTALVO²¹⁴, o qual deteve-se com maior profundidade na temática recentemente. O penalista espanhol afirma que setores da doutrina defendem uma concepção macrossocial do estelionato, em razão de vislumbrarem, no bem individual, a referência reflexa a um bem jurídico mais geral. O argumento para isto seria que o incremento de práticas de estelionato poderia provocar desconfiança na segurança das relações patrimoniais, existindo por isso interesse público em mantê-las.

O autor contrapõe-se a esta versão, em razão da incorreção de conferir-se uma dimensão coletiva ao estelionato. CHOCLÁN MONTALVO ainda assevera que o desígnio do Direito Penal é de tutela pessoal, e que sempre se consegue realizar uma

²¹³ MILGROM, Paul R., NORTH, Douglass C. e WEINGAST, Barry R. (1990) "The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs." *Economics and Politics*, vol. 2, n. 1, pp. 1-23.

²¹⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*.

elucubração, vinculando-se um valor individual a um valor maior de ordem macro. A crítica é finalizada quando afirma que seria possível até no homicídio encontrar motivações supraindividuais de incriminação, em vista da profusão de insegurança a partir da perda da vida de um integrante da comunidade²¹⁵.

Embora respeitável, diverge-se desta opinião. A posição do espanhol possui razão em parte: de fato, o sistema penal possui – e deve possuir – um viés individual e pessoal; e de fato, por exercício teórico, consegue-se relacionar qualquer bem jurídico individual a um bem jurídico maior, coletivo ou difuso. Contudo, há um erro de premissa, de acordo com o entender aqui esposado. O equívoco do autor é alegar que o aumento de crimes poderia representar um abalo no sistema jurídico de trocas patrimoniais. Ressalta-se que aqui comete uma confusão entre o objeto de tutela do tipo e a própria função do Direito Penal.

Embora possa ser discutível a partir de uma ótica político-criminal, um dos propósitos do sistema punitivo é de inibir a reiteração de condutas similares a partir da tipificação de práticas indesejáveis socialmente. Assim, não se poderia cogitar como bem jurídico as consequências atinentes a uma suposta propagação de condutas – desconfiança do mercado. Por outro lado, a analogia realizada com o homicídio serve mais para argumento de efeito do que para efetivo cotejamento.

Lança-se nova luz sobre a mesma comparação proposta pelo autor: a ocorrência de um crime contra a vida em uma comunidade pode sim aumentar a “sensação de insegurança” e o receio pela própria vida das pessoas que nela estão inseridas. Entretanto, um homicídio individualizado não é capaz de enfraquecer o bem jurídico *vida* dos demais membros do grupo, seu advento possui consequências muito mais psicológicas que concretas dentre seus componentes.

No que tange ao estelionato, sua prática contra um ofendido afeta apenas o patrimônio individual. Em contrapartida, sua ocorrência gera um ruído na teia de conexões negociais, a qual, de acordo com o que já foi salientado, possui um elevado

²¹⁵ Reproduz-se trecho da crítica feita pelo autor: “*Dado el carácter personalista del Derecho penal, la protección de bienes supraindividuales debe tener siempre como referente al individuo; por ello, si de lo particular hacemos abstracción hacia lo general, en todo delito en el que se tutelan intereses individuales puede comprobarse una dimensión social. Ello vale tanto como si en el delito de homicidio vemos un delito macrosocial, porque la muerte de un miembro de la colectividad quebranta el sentimiento de seguridad y libertad de los ciudadanos*” (CHOCLÁN MONTALVO, *op. cit.*, p. 76).

grau de correlações. Numa realidade em que a confiança é um elemento facilitador social, sua violação em um caso isolado reverbera em todos os demais, acarretando um efeito deletério concatenado.

Desta forma, não é exasperação alguma elencar a confiança como bem jurídico²¹⁶ afetado conjuntamente com o patrimônio em decorrência da prática delitiva. Mister mencionar ainda que na configuração contratual do estelionato, a confiança possui um peso axiológico ainda maior como interesse digno de tutela do que em relação à configuração convencional, em razão da modalidade de perpetração da conduta. A fraude criminal executada contratualmente pode afetar toda uma cadeia de interesses econômicos.

Note-se que não há impedimento algum para a consideração do abuso de confiança como uma circunstância que provocará o agravamento da sanção imposta em alguns delitos patrimoniais. Por conseguinte, resta demonstrada a coadunância da proteção da confiança com os preceitos reitores do sistema penal brasileiro. Sua assimilação como bem jurídico não representa inovação alguma.

Com efeito, a modificação dos cenários macro e microeconômicos pode influir na sedimentação e reformulação do bem jurídico da norma penal. A adaptação do modelo jurídico ao contexto pode muito bem ser engendrada a partir do debate doutrinário – e jurisprudencial – em torno de uma **especificação teórica do tipo já existente**, sendo desnecessária a reformulação legislativa ou criação de mais um crime em um ordenamento já tão hipertrofiado.

4.5 DELINEAMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Considerando que os elementos do *negócio civil criminalizado* e da *truffa contrattuale* foram satisfatoriamente demonstrados de acordo com os parâmetros

²¹⁶ Embora tomando como horizonte a corrupção no setor privado, REALE JÚNIOR reconhece a dignidade penal da confiança enquanto bem jurídico: “Minimizado o valor da lealdade frente à empresa que se dirige, aberta está a porta para a prevalência do aproveitamento, da banalização da honestidade, face da obtenção do sucesso financeiro a qualquer custo. Jamais a **lealdade e a confiança foram tão essenciais, tendo em vista o esvaecimento do reconhecimento de tantas virtudes morais frente à importância da posse de bens materiais**. Ser fiel à empresa e não prejudicá-la em favor de benefício próprio constitui, portanto, um valor primordial nos dias atuais, para reafirmação dos valores da honestidade e da correção do comportamento a serem realçados como limites na busca desenfreada do sucesso econômico”. (grifo nosso) (REALE JÚNIOR, *Dever de lealdade...*, p. 238).

doutrinários e jurisprudenciais segundo os quais são implementados, está assentado o cabedal teórico para delimitar a categoria do estelionato contratual a partir do prisma do ordenamento jurídico-penal brasileiro. Em coadunância com o que foi afirmado nos segmentos anteriores, assevera-se que o estelionato contratual segue um *iter* lógico-jurídico, iniciado pela indução em erro na formação do contrato²¹⁷. Disto decorre a consequente obtenção de vantagem indevida em detrimento do patrimônio alheio; e daí ser importante compreender a manifestação da conduta do artífice do engano nas fases de formação do contrato.

O engano, independentemente se for materializado por artifício ou ardil, refletir-se-á no ato de vontade do ofendido. Portanto, o engano alcançará com maior ou menor força os contatos preliminares, as tratativas, a proposta ou até mesmo a aceitação dos contratantes. A determinação do momento exato de incidência da representação distorcida nas etapas contratuais é menos importante que a determinação de sua efetiva influência no desfecho da pactuação, ou seja, sua distorção da autonomia da vontade. A vontade consagrada de efeitos jurídicos plasma-se pelo acordo de interesses distintos, que integram-se criando uma formação unívoca. A contaminação da vontade pelo erro produzido pela contraparte é a principal característica do tipo em questão.

Assiste razão a SAMMARCO²¹⁸ quando desfaz a concepção que vulgarmente se propala a respeito do estelionato contratual, que na modalidade delitiva o contrato constituiria o instrumento da indução em erro, quando na verdade o artifício/ardil concentra-se na maior parte das vezes no momento formativo da relação. Esta afirmativa serve para desmistificar a ideia de que o estelionato negocial ocorreria na oportunidade em que o agente do estelionato apresenta um contrato integralmente

²¹⁷ A relevância da conduta enganatória é graduada pela subsistência do vício de vontade até o momento de emissão da proposta e da aceitação, pois é quando ocorre a formação do liame jurídico sinalagmático. Neste sentido: SAMMARCO, *op.cit.*, p. 73.

²¹⁸ Sustenta o autor que: “*Non può ritenersi, pertanto, la esattezza del rilievo spesso ricorrente, per il quale, nella truffa contrattuale il contratto costituirebbe un particolare mezzo fraudolento, particolare proprio per i caratteri di liceità che lo distinguono. D'altronde, basta soffermarsi intorno all'iter del procedimento, per vedere come il possibile concretarsi degli effetti che obiettivamente pregiudicano il regolare evolversi delle volontà, e la conseguente valutazione di tali esplicazioni negative, riflettono e si incentrano quasi sempre nella fase formativa del rapporto*”. Sustentando seu ponto de vista, SAMMARCO apresenta decisão da Corte de Cassação italiana que foi assim ementada: “*Si realizza l'ipotesi della c.d. truffa contrattuale quando l'agente, mediante artifici o raggiri posti in essere nel momento di formazione di un negozio giuridico, tragga in inganno il soggetto passivo inducendolo a prestare un consenso che altrimenti non sarebbe stato dato e quindi a compiere un atto pregiudizievole*” (SAMMARCO, *op.cit.*, p. 61).

elaborado, no qual bastaria que o ofendido apusesse sua assinatura para provocar seu próprio prejuízo patrimonial.

Portanto, com o propósito de tracejar as linhas delimitadoras do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal pátrio, pode-se defini-lo como o *estelionato que se opera entre partes de um negócio jurídico com aparência de legitimidade, que no entanto é inquinado de ilicitude, pois permeado de um erro no qual incorreu o ofendido ao fornecer sua aquiescência*. Mencionado erro está indissociavelmente adstrito à ação do sujeito ativo, cujos artifícios e/ou ardis foram capazes de macular a declaração de vontade²¹⁹ da contraparte, em vista da criação de percepção distorcida da realidade. A partir deste equívoco psicamental, o sujeito passivo realiza um ato de disposição, o qual acarreta prejuízo patrimonial para si e vantagem indevida para o agente.

O esboço da conduta viabiliza a inferência de que é dispensável alteração normativa do existente art. 171 do Código Penal para sua implementação na prática judicial, pois os ditames de tal dispositivo permitem a subsunção da subespécie negocial à norma incriminadora. A este propósito, cumpre ressaltar que este trabalho norteia-se pelo compromisso de não incrementar o espectro de atuação do aparato punitivo²²⁰, mas sim modulá-lo, ao extirpar de sua alça de mira condutas que não se encaixam nos parâmetros do tipo legal, mantendo sob tutela apenas eventos fáticos que merecem a reprimenda criminal.

Ponto importante da elaboração do sustentáculo teórico de categoria situa-se na criação de estribos vitimodogmáticos, com o fito de eleger as situações que

²¹⁹ ZANNOTTI, Roberto. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 98-99.

²²⁰ Estudado por diversos criminólogos e penalistas, o fenômeno da inflação de normas penais e de incremento do rigor punitivo possui singulares requintes de crueldade no contexto nacional, no qual é um dos fatores responsáveis por encetar o hiper-encarceramento e as violações a direitos humanos verificados na realidade prisional brasileira. Como bem pontua SALVADOR NETTO, o estudioso da dogmática não pode deixar de lado sua responsabilidade político-criminal: “Esta expansão do Direito penal possui como elemento intrínseco o recrudescimento das penas, notadamente a privativa de liberdade. Esse fenômeno ocorre em dupla medida. De um lado, os novos tipos penais, frutos de opções políticas de criminalização, comumente cominam sanções proporcionalmente mais graves se cotejadas com os delitos tradicionais. Destarte, cuida-se de uma tendência verificada de maior rigor legislativo, causando, dentro do ordenamento penal como um todo, sério problema de proporcionalidade interna. Por outro lado, delitos já consagrados, por meio de reformas legislativas pontuais, verificam o aumento da gravidade de suas punições. Esta dinâmica obedece muito mais regras extraídas da incidência massiva ou simbólica de ocorrências comportamentais do que propriamente à agressão que estas representam em face do bem jurídico (proporcionalidade externa)” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008. p. 5).

adequadamente enquadram-se na figura delitiva. Consoante afirmado em capítulo anterior, cuida-se de uma teoria que propõe um reenfoque paradigmático da ciência penalística, atraindo para a atenção do intérprete o agir do sujeito passivo. A partir deste prisma, excluem-se do universo jurídico-penal situações em que o próprio ofendido desdenha de seus interesses e direitos subjetivos²²¹. Por exemplo, no estelionato contratual, toma vulto a necessidade que os contratantes informem-se suficientemente sobre as características que envolvem o objeto do negócio jurídico. Assinalou-se em capítulo próprio que, afora situações de diminuição de capacidade cognitiva, paralelo ao dever de informação, existe o dever de se autoinformar e proceder com diligência.

O paradigma de um Direito Penal de *extrema ratio* não permite que sempre se encare o ofendido como um indivíduo incapaz de esboçar reações autodefensivas²²², convertendo-se o juiz penal, como já foi dito, em um superprotetor daqueles que obrigações de cautela. Apenas poderá ocorrer a subsunção típica quando o subterfúgio, alicantina ou maquinação sejam empregados com a específica finalidade de induzir a contratar, e a ação do enganado seja determinada pela artimanha, quer dizer, o vício de consentimento não seja decorrente de ignorância ou negligência da vítima.

Nesta esteira, o postulado da boa-fé objetiva exercerá um papel fulcral no exame do negócio jurídico subjacente. Especialmente nos casos de contratações mais elaboradas, que demandam pactos mais extensos e envolvem cifras e prestações vultosas, o limite entre aproveitar-se de uma oportunidade lícita e criar uma situação de desvantagem alheia ilícita é bastante tênue. Nestes casos, o preceito da boa-fé objetiva, do qual defluem variados cânones acessórios, pautará a perscrutação de eventual indução em erro e fornecerá as bases para dicção da solução jurídica mais equânime.

²²¹ Sobre os últimos progressos da vitimodogmática, novamente remete-se, por todos, à obra de SCHÜNEMANN, *op.cit.*, p. 27.

²²² A tendência de expansão do estelionato, bem como a elaboração de parâmetros vitimodogmáticos para sua contenção é advertida por FIANDACA e MUSCO, cuja posição é pela atuação do aparato punitivo apenas em última análise: “*L'esigenza di contenere la tendenza espansiva della truffa, riportandola (per così dire) ai suoi naturali confini almeno limitatamente alla classica ipotesi-base di cui all'art. 640, rappresenta oggi un coerente riflesso del recupero teorico della concezione del diritto penale come ultima ratio. In questo senso, torna d'attualità la riflessione ottocentesca sulla distinzione tra «frode civile» e «frode penale» e sul ruolo attribuibile al concorso della stessa vittima nella produzione del danno. E in una prospettiva di sostanziale continuità con questa tradizione dottrinale si collocano, del resto, le più recenti evoluzioni della c.d. vittima-dommatica che, applicando alla truffa i rigorosi postulati dell'idea dell'ultima ratio, tornano a valorizzare la capacità di autotutela della vittima come criterio per valutare la necessità e la meritevolezza di pena*” (FIANDACA e MUSCO, *op.cit.*, p.174).

Com efeito, eis aí a linha-mestra que deve seguir a assimilação do estelionato contratual no corpo dogmático do Direito Penal brasileiro. Em seguida, serão tratadas situações mais individualizadas da especificação conceitual que se propugna, a saber, fronteiras entre os campos de ilicitude, especificidades do erro, questões do binômio vantagem-prejuízo e o papel da omissão dolosa sob o espectro do dever de informação.

4.6 MAIS ALGUMAS NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE A ILICITUDE CIVIL E A ILICITUDE CRIMINAL: PAPEL DO ELEMENTO SUBJETIVO NO ESTELIONATO CONTRATUAL

Debruçar-se sobre o modelo jurídico do estelionato contratual é ingressar numa seara limítrofe entre as ilicitudes civil e criminal²²³, isto é, em uma zona cinzenta entre as diferentes ramificações jurídicas. O pressuposto incorporado neste trabalho é de que não existe diferença ontológica entre as espécies de fraudes; haverá distinções quanto ao *animus* do sujeito ativo, a serem apuradas pelo aplicador no caso concreto. Assim, a distinção por vezes esboçada que “*la línea divisoria entre la ilicitude penal y la civil, en que en la primera el sujeto tiene inicialmente el propósito de obtener la prestación de la otra parte para lucrarse sin dar la contraprestación que le corresponde y venía obligado, mientras que en la segunda el agente obra inicialmente de buena fe, con intención de cumplir las obligaciones contraídas, pero con posterioridad supera dificultades de económicas de índoles diversas que le impiden el pago o cumplimiento de su prestación*”²²⁴, aplica-se mais apropriadamente aos matizes do elemento subjetivo e suas diferentes repercussões jurídicas, graduadas conforme sua intensidade e momento de ocorrência.

Portanto, o exercício de tentar localizar a pedra de toque entre a ilicitude civil e a penal, caminho trilhado por diversos juristas das mais diferentes escolas e vertentes, é

²²³ CHOCLÁN MONTALVO ressalta a importância da temática nas Cortes espanholas, até a construção da categoria dos *negocios civiles criminalizados*, cuja nomenclatura o penalista critica. O autor ainda divisa o dolo antecedente do dolo subsequente: “*La necesaria delimitación entra la ilicitud penal y la civil se ha complicado en la práctica en el ámbito de las relaciones contractuales, hasta el punto de que el Tribunal Supremo, y en general la doctrina, en desafortunada expresión, ha sostenido, en prueba de la fragilidad de la distinción, la categoría de los denominados «negocios civiles criminalizados», en los que el ilícito penal aparece caracterizado –frente al incumplimiento civil – por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de hacerlo, de modo que el contrato aparente es el instrumento del fraude. El llamado dolo subsequens (art.1.102 CC), por el contrario, no constituye vehículo idóneo de criminalización. En suma, el criterio de delimitación, es el que atiende al momento de aparición de la voluntad de incumplir las prestación que se deriva del contrato*”. (grifo nosso) (CHOCLÁN MONTALVO, *op.cit.*, p. 102-103).

²²⁴ ESPANHA. Supremo Tribunal. Relator a TS 15 de julho de 1988.

um esforço inócuo. Embora pudesse parecer um fator a facilitar a subsunção típica, a utilização de uma distinção pré-definida dos caminhos para triagem de situações fáticas pode ensejar maiores problemas para o trabalho pretoriano do que os já existentes no julgamento de fraudes negociais. Portanto, uma solução mais prudente tende a alinhar-se a um julgamento mais antigo da Sala Penal da Suprema Corte Espanhola, que assevera: *“En cualquier caso, la jurisprudencia reconoce que la distinción entre dolo civil y penal es meramente circunstancial, obligando en cada caso y supuesto a examinar y ponderar cuidadosamente cuantos factores concurren”*.

Haverá sim uma distinção entre o dolo civil e o dolo penal, consistente especialmente no motor subjetivo que impele a prática delitiva. Para o Direito Privado, não há relevância significativa quanto à intenção que revestia o sujeito quando a conduta foi perpetrada, por exemplo, se esta possuía a finalidade de acarretar dano ou de obtenção indevida de lucro, averiguações que serão bastante relevantes para a arena do Direito Penal.

Assim, há de se buscar, na distinção entre o dolo civil e o dolo penal, um engano bastante, conforme a expressão cunhada pelos penalistas espanhóis, que seja apto a vencer as barreiras de proteção do sujeito passivo e provoque o ato de disposição patrimonial. A análise da idoneidade do engano, a partir da perspectiva restritiva adotada, deve ser a de sua idoneidade *ex ante*, isto é, o aplicador, em um exercício de ilação retroativa, deverá aferir a ofensividade dos meios empregados pelo agente antes da obtenção do resultado. A análise *ex post* é típica de uma visão paternalista²²⁵ do ofendido nos casos de fraude, pois considera que, se o artifício/ardil causou o prejuízo patrimonial, houve lesividade, sem sopesar a atuação do sujeito passivo no quadro.

²²⁵ FEINBERG trabalha com duas espécies de paternalismo como limites para a atuação do Direito Penal. O autor criou as modalidades de *hard* e *soft paternalism*, de acordo com as quais será justificável ou não a criminalização de determinada conduta. Em se tratando de adultos capazes, o autor pensa que quando há escolhas individuais integralmente válidas, deveria haver restrições à intervenção da justiça criminal. Textualmente: *“The principle of legal paternalism as here defined is what many writers have come to call ‘hard paternalism’ in contrast to a more compromising version of the principle, now standardly called ‘soft paternalism’. The distinction which is of the first importance has to do with the weight attached to the voluntariness of a person’s action in the one-party case and the voluntariness of his consent in the two-party case. Hard paternalism will accept as a reason for a criminal legislation that it is necessary to protect competent adults, against their will, from the harmful consequences even of their fully voluntary choices and undertakings. As we have just seen, the principle justifies overruling free and informed consent in the two-party case, and it overrules fully voluntary individual choices in the single-party case. Since it imposes its own values and judgements on people ‘for their own good’, it seems well named by the label ‘paternalism’”*. (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law. Harm to self*. v. III. Nova York: Oxford University Press, 1986. p. 12.)

O exame do elemento subjetivo²²⁶, no qual o conteúdo do dolo ocupa papel preponderante, é entendido usualmente como *consciência* e *vontade* direcionadas à consecução dos elementos do tipo objetivo. É consectário lógico desta visão que o agente do estelionato contratual possua conhecimento do caráter enganatório do comportamento, com o qual adultera a percepção alheia da situação fática, prejudicando a autonomia da vontade do sujeito passivo que redundará em prejuízo patrimonial. A estrutura normativa demanda que o comportamento volte-se à obtenção de vantagem ilícita, a partir da doutrina finalista da ação²²⁷.

Colocadas tais premissas, surge a questão se o dolo do agente do estelionato contratual é uma intenção de produzir prejuízo alheio, ou se é apenas uma intenção de obter benefício econômico. Tal diferença possui relevante consequência prática, na medida em que a ausência de tal propósito poderia ocasionar a atipicidade por ausência do elemento subjetivo. Em verdade, os dois propósitos estão fortemente imbricados. Por assim dizer, a moldura legal exige o *animus decipiendi*, o qual está vinculado a uma intenção de produzir prejuízo, o *animus nocendi*, conforme leciona MANCI²²⁸.

²²⁶ ZAFFARONI e PIERANGELI situam com clareza a posição de consciência e vontade na estrutura do tipo subjetivo: “O dolo é o elemento nuclear e primordial do tipo subjetivo e, freqüentemente, o único componente do tipo subjetivo (nos casos em que o tipo não requer outros). (...) O dolo é o querer do resultado típico, a vontade realizadora do tipo objetivo. (...) É conveniente conceituá-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto. Dito de uma forma mais breve, o dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado. (...) Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: o dolo é representação e vontade. Na base da disputa havia quase um equívoco verbal, como acabaram reconhecendo seus protagonistas. O reconhecimento de que o dolo é uma vontade individualizada em um tipo, obriga-nos a reconhecer em sua estrutura os dois aspectos em que consiste: o do conhecimento pressuposto ao querer e o próprio querer (que não pode existir sem conhecimento). Isto dá lugar aos dois aspectos que o dolo compreende: a) o aspecto de conhecimento ou aspecto cognoscitivo do dolo; e b) o aspecto do querer ou aspecto volitivo do dolo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro v.1: parte geral*. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 415-6).

²²⁷ O precursor do finalismo, HANS WELZEL, afirma: “A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’” (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27).

²²⁸ O autor compreende o dolo do estelionato como um amálgama do interesse de enganar e de prejudicar para obter vantagem ilícita: “Dolo è la volontà consciente di indurre alcuno in errore con artifizi o raggiri atti ad ingannare, che producano a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno

O defraudador almeja dissimular a representação da realidade da vítima, comportamento do qual auferirá a vantagem ilícita. Para que o agente do engano obtenha o benefício econômico, é inevitável que ocorra uma diminuição patrimonial do ofendido; tais elementos são interligados e indissociáveis. Perceba-se que esta concepção do dolo é consentânea com o paradigma pluriofensivo do estelionato, o qual alia ao bem jurídico patrimônio a confiança, exatamente em virtude do alinhamento do comportamento delitivo. O aumento do peso do *animus decipiendi* deflui precisamente da perspectiva de incremento de tutela do preceito confiança na modalidade negocial, sem deixar de lado o intuito danoso.

MANTOVANI²²⁹ converge para esta posição, afirmando que basta para configurar o estelionato o dolo genérico, que plasmar-se-á no desígnio de enganar o sujeito passivo e assim instá-lo a provocar um prejuízo patrimonial a si mesmo, por meio de ato de disposição; há assim um caráter de engano e de obtenção de benefício econômico no intuito do sujeito ativo. O penalista italiano salienta a característica **inicial** do dolo no estelionato, ou seja, prolonga-se do momento da cogitação até o momento da conduta.

Neste ponto, diverge-se da ponderação de CHOCLÁN MONTALVO²³⁰, segundo o qual bastaria para caracterizar o estelionato o propósito de enganar outrem. Consoante o autor, a produção de prejuízo pode sim estar vinculada ao elemento subjetivo do ilaqueador, mas sua presença como componente do dolo não será imprescindível. Esta posição conflita com a concepção que o espanhol externa quanto

patrimoniale. Tale volontà fraudolenta (coscienza dell'artificio e del danno), che deve coesistere con l'azione delittuosa e comprenderla nella totalità dei suoi elementi e delle sue circostanze, si perfeziona di fatto come delittuosa intenzione nella rappresentazione di un fatto non rispondente a verità, o nell'abuso di condizioni e di stati sentimentali, fiduciari che inducono altri in errore, e trova la sua necessaria motivazione e la sua costante rispondenza, che può solo mancare nel mitomane, in un interesse a mentire, o a simulare per convincere qualcuno a qualcheda da cui la verità conosciuta, certamente o probabilmente, lo dissuaderebbe". (MANCI, op.cit., pp. 43-6)

²²⁹ Assim assevera MANTOVANI sobre o elemento subjetivo da trufra: "Circa l'elemento soggettivo, trattarsi di reato a dolo generico, consistente questo nella coscienza e volontà di indurre, con artifici e raggiri, taluno in errore e di determinarlo in tal modo ad un atto di disposizione patrimoniale con altrui danno e ingiusto profitto per sé o altri. L'erronea convinzione che il profitto perseguito sia giusto (es.: perché l'agente crede di avere diritto alla somma di denaro) esclude il dolo di trufra. [...] Il dolo deve essere, secondo le regole generali [...], sussistente al momento della condotta, cioè iniziale. Sicché, come il pentimento sopravvenuto non può fare venire meno il dolo che è già venuto in essere, così una volontà fraudolenta successivamente insorta (c.d. dolo successivo) non può dare luogo al dolo di trufra (es.: venditore di un immobile che rivende, sapendo che il contratto non è stato ancora trascritto, lo stesso ad altro migliore offerente, che ne acquista la proprietà con una pronta trascrizione)." (MANTOVANI, Op.cit., p. 205-6.)

²³⁰ CHOCLÁN MONTALVO, op.cit., p. 221. O autor defende que: "Querer beneficiarse economicamente de modo antijurídico no equivale a querer prejudicar".

ao bem jurídico do delito, que o estelionato seria um delito apenas de cunho patrimonial. Parece inviável cogitar uma situação fática na qual a vantagem ilícita não estará adstrita ao prejuízo do sujeito passivo.

Por outro lado, é possível conceber a extração de vantagem indireta a partir do prejuízo alheio. Pode-se pensar a hipótese em que seja celebrado um pacto com vistas a incutir erro na contraparte, e, a partir desta falsa representação, a vítima empreenda um agir que a vulnerabilize²³¹ em dada situação concorrencial, perdendo uma chance vantajosa. Nesse evento, há inegável aproveitamento pelo sujeito ativo do prejuízo sofrido pela vítima, embora não ocorra transferência direta de bens entre as esferas patrimoniais de um e de outro.

4.6.1 Especificidades da indução em erro no estelionato contratual

Vale dizer que, dentro da seara do estelionato contratual, a caracterização da indução em erro assume uma conotação singular com relação àquela que detém no estelionato ordinário. Esta particularidade reside essencialmente na verificação de nexo de causalidade entre o subterfúgio e a representação falsa do ofendido, que estará plasmada na formação do contrato. Esta falsa representação encetará a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Dito de outra forma, no estelionato denominado negocial, os atos são dotados de uma fase intermediária no curso do encadeamento causal, caracterizado pelo instrumento contratual – cuja aparente solenidade presta-se a incrementar a situação de falsa representação da realidade na qual incorre o ofendido.

Portanto, é então necessário compreender as minúcias de mencionada fase intermediária, bem como o modo que a indução em erro impacta nos elementos constitutivos do contrato, sejam essenciais ou acessórios. Com o intuito de determinar a subsunção típica, deve-se analisar se existem gradações do erro e se há alguma distinção de consequência jurídica se este for direcionado ao cerne do negócio ou a algum aspecto periférico deste.

²³¹ SAMMARCO, por exemplo, especula situação em que uma parte é instada a realizar uma proposta, a partir das tratativas preliminares, e por esta razão possa perder outras oportunidades: “*Si pensi al caso tutt'altro che infrequente nel quale questi contatti preliminari, dietro i quali stia una concreta non volontà o assoluta impossibilità di concludere l'eventuale contratto, siano posti in essere per motivi particolari, con la specifica intenzione di ingannare la controparte, e questa a causa di ciò, perdendo altre occasioni e non stipulando altri vantaggiosi negozi, venga a partire un danno economicamente apprezzabile*” (SAMMARCO, *op.cit.*, p. 69).

A conduta do sujeito ativo pode viciar a vontade do contraente quando formula uma proposta que parece vantajosa, na qual se declara intenção negocial e se transparece a aderência a determinadas condições. Na verdade, a não conformidade das declarações com a realidade é bem conhecida²³², no sentido de propor e representar um contexto que o agente sabe que é inexistente, ou ao menos não corresponde plenamente às manifestações de vontade apresentadas nas etapas do negócio jurídico.

Com relação à intensidade do erro, há ao menos três espécies/estágios que devem ser considerados, consoante o que foi explanado no capítulo primeiro capítulo do trabalho: (i) a ignorância, consistente na ausência de representação ou conhecimento sobre o fato; (ii) a dúvida, quando o sujeito fica hesitante quanto à veracidade do fato trazidos a sua ciência; (iii) o erro, cristalizado em uma interpretação distorcida do fato.

A partir de uma ótica limitadora, consentânea com o Direito Penal constitucionalizado, apenas pode servir como substrato para o enquadramento típico o erro do ofendido²³³, excluindo-se as hipóteses em que houve dúvida e até mesmo ignorância sobre o fato.

Sob algumas perspectivas, a configuração do delito em exame reservar-se-ia para os casos em que o erro diz respeito aos elementos essenciais do contrato, pois só assim o comportamento ilícito teria um desvalor capaz de justificar a reação penal, ensejando a aplicação de sanção. De outra banda, seria possível vislumbrar a incidência da norma incriminadora mesmo quando a indução em erro recaia sobre elementos periféricos, porquanto a disposição patrimonial estaria inquinada de um vício de vontade, sem importar a extensão que este vício tomou sobre o negócio.

De acordo com as premissas aqui esgrimidas, a caracterização do delito não seria uma questão da espécie de elemento contratual imbricado, tampouco da extensão do erro sobre o negócio jurídico; o que realmente releva para a constatação do estelionato contratual é que a transação esteja tão revestida da percepção equívoca do ofendido que, na hipótese de não estar presente, o negócio não teria sido levado a cabo, ao menos não nos exatos termos que seguiu. Esta é a medida de determinação da influência do erro no pacto: realiza-se um raciocínio hipotético, eliminando-se o erro do quadro fático, e verifica-se se o negócio teria sido efetuado de igual forma, nos mesmos

²³² Conferir, neste sentido, SAMMARCO, *op. cit.*, p. 81.

²³³ FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 179.

moldes. Considerando-se que a operação fosse efetivada de qualquer forma, nos exatos termos, ocorre o inexorável afastamento da figura penal, tendo em vista a ruptura do nexo causal entre a conduta do agente – indução em erro –, e o resultado típico – prejuízo patrimonial.

Assinala-se que essa compreensão está amparada pela interpretação que a jurisprudência italiana tem imprimido ao erro²³⁴. Nessa linha, é dispensável perscrutar a espécie de elemento contratual inquinada de erro. Se a redação do tipo legal não faz menção a essa especificidade, o delito está configurado desde que configurado o polinômio das circunstâncias normativas. Ademais, mesmo que se levasse em linha de consideração a exigência de um *engano bastante* ou de um *erro relevante*, há de se ter o cuidado de não adotar-se um subjetivismo demasiado, no sentido de não colocar nas mãos dos caprichos da vítima a escolha sobre a ocorrência ou não de delito. Logo, a relevância do erro vincula-se à sua ingerência (criminalmente reprovável) na determinação da vontade de contratar por parte da vítima.²³⁵

FEINBERG²³⁶ cria algumas premissas que caracterizam a ação de induzir em erro. Seu roteiro é bastante útil para o estudo do engano no estelionato contratual. Defende o autor que o sujeito ativo perpetra a conduta quando deliberadamente:

234 No âmbito do Direito Privado, a Corte de Cassação Italiana reconheceu em julgado a irrelevância da escusabilidade do erro, em caso que o contratante vendedor alegava desconhecer a inautenticidade de obra de arte, circunstância que provocaria substancial diminuição do valor estipulado na pactuação: “*Cassazione civile, 2 febbraio 1998, n. 985 - Sez. II - Pres. GAROFALO - Rei. PAOLINI - P.M. NARDI (diff.) - Bartolomei Corsi (avv. Galluzzo) c. Ministero Beni Culturali. Obbligazioni e contratti - Opera d'arte - Vendita - Autenticità dell'opera - Errore di uno o di entrambi i contraenti - Conseguenze. Obbligazioni e contratti - Vizio della volontà - Errore - Scusabilità - Irrilevanza. Obbligazioni e contratti - Bene alienato - Valore - Errore - Rilevanza - Condizione. In tema di vendita di opere d'arte, l'errore di uno o di entrambi i contraenti sull'autenticità dell'opera negoziata e sulla effettiva indennità del relativo autore può dar luogo, ai sensi dell'art. 1428 c.c. alla caducazione del contratto, perché comporta che questo debba intendersi concluso per effetto di una falsa rappresentazione dell'identità e delle qualità essenziali del relativo oggetto, avuta da una o da entrambe le parti al momento della stipulazione dell'accordo (1). La scusabilità dell'errore che abbia viziato la volontà di uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto, è irrilevante ai fini dell'azione di annullamento, dovendosi avere riguardo alla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente(2). L'errore sul valore della cosa alienata è rilevante dell'invalidità del contratto quando sia conseguenza di un errore su una qualità essenziale della cosa medesima (3)”.*

235 O sistema penal espanhol prevê a categorização dos crimes entre delitos e faltas. Faltas são uma espécie de delito de menor potencial ofensivo, cuja sanção geralmente é pecuniária: “*La mayor o menor gravedad del engaño, de la acción, no determina, a diferencia de otros supuestos del Derecho penal, la distinción entre el delito y la falta, sino que es el criterio delimitador entre el ilícito penal y el fraude civil. Por tanto, solo son punibles los comportamientos engañosos que puedan ser valorados como engaño grave. La distinción entre el delito y la falta de estafa depende solo de la cuantía de la defraudación, del resultado*”. (PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño...*, p. 169.)

²³⁶ FEINBERG, *op.cit.*, p. 288.

- a. Cria ou reforça impressão que é falsa e que ele próprio não acredita ser verdadeira;
- b. Impede outrem de obter informação que o agente sabe que influenciaria a contraparte na transação em questão;
- c. Não declara um gravame de demanda adversa ou outro impedimento legal à fruição da propriedade que está a ser vendida ou de outra forma transferida, independente da validade de tal gravame ou impedimento;
- d. Falha em corrigir uma falsa impressão que ele sabe estar a influenciar outrem a quem atribui ao agente especial vínculo de particular confiança e comprometimento.

Embora o ponto de partida da investigação de FEINBERG seja o sistema jurídico anglo-americano, seu planejamento serve perfeitamente para o tema em comento. Há de se advertir novamente para o relevo da consideração do caso concreto, cujos contornos são um terreno muito mais fértil do que a abstração dogmática pode alcançar. Os expedientes utilizados pelo agente são dos mais variados, entretanto é possível que com a criação de chaves interpretativas possa-se capacitar o intérprete para a resolução prudente dos fatos delitivos. Por isso, é importante estudar a significação da circunstância *vantagem ilícita* componente e de que maneira será captada nos eventos concretos.

4.6.2 A obtenção de vantagem ilícita em detrimento ao patrimônio alheio na dinâmica do estelionato contratual

As teorias que dedicam-se ao estudo do patrimônio sob o prisma jurídico-penal foram exaustivamente abordadas em capítulo próprio. Todavia, ainda há questões que devem ser examinadas no que tange à amplitude da vantagem ilícita, que estão intimamente vinculadas ao prejuízo do ofendido.

Trazendo-se um pouco dos marcos teóricos para a implementação pragmática, já superou-se, por exemplo, a temática de estelionato que recaia unicamente sobre objetos de estima sentimental do sujeito passivo; não há como esperar que o julgador

transforme-se em um profissional da psicologia para avaliar a quantidade de afeição que o ofendido nutria sobre o objeto. De outra banda, o prejuízo não pode ser unicamente encarado como o descompasso financeiro entre as prestações dos sujeitos ativo e passivo.

Como ficaria o enquadramento jurídico, portanto, do enlace pactual eivado de vício de consentimento, dolosamente provocado por subterfúgio de um dos contratantes, no qual ocorra uma disparidade pequena entre a prestação dos contraentes? Pensa-se que esta pode ser sim uma hipótese de estelionato contratual, caso preenchidas as circunstâncias legais. Indubitavelmente, há um enriquecimento indevido, pois logrado mediante indução em erro da contraparte. Ocorreu também a realização de uma disposição patrimonial, que, contudo, não foi muito discrepante da contraprestação do agente do engano. Não obstante, o enganado empenhou patrimônio em um panorama contratual no qual sua apreciação foi adredemente desfigurada.

Compõe os direitos econômicos do ofendido a sua autonomia de poder aproveitar oportunidades negociais que condigam com sua esfera patrimonial. Caso ele injete patrimônio em um negócio que não seja muito desvantajoso, mas ocasione a ele a perda de uma chance de investir em alternativa mais lucrativa, haverá sim a concretização de vantagem ilícita ensejadora de prejuízo. Destarte, tal comportamento poderá ser perfeitamente amoldado à norma incriminadora.

ZANNOTTI²³⁷ dá conta de julgados que alinham-se em sentido contrário, apenas reconhecendo possibilidade de incidência típica quando houver diferenças substanciais entre as prestações. Importa frisar que estas decisões aferram-se a visão muito estreita do patrimônio, deixando de lado aspectos jurídicos e subjetivos, os quais poderiam significar valorização do patrimônio, para preconizar caracteres quantitativos na configuração delitiva²³⁸. Esta negociação pode ocasionar que o ofendido deixe de

²³⁷ Assinala o autor: *“In senso decisamente contrario l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente deve segnalarsi un unico, oramai lontano precedente, fondato su criteri rigidamente oggettivi, secondo il quale nei negozi con prestazioni corrispettive, allorché la condotta fraudolenta posta in essere nel corso delle trattative sia finalizzata ad indurre il compratore all'acquisto, vi è danno soltanto se la prestazione del venditore sia di valore considerevolmente inferiore a quella del compratore”* (ZANNOTTI, *op.cit.*, p. 101).

²³⁸ FIANDACA e MUSCO criticam a visão aqui defendida, rotulando-a de desmaterialização do prejuízo, estudando-a com reserva: *“Ma sulla via di una progressiva «dematerializzazione» del danno è andata molto più in là giurisprudenza, con riferimento sia ai casi di truffa contrattuale (nel cui ambito il danno è stato talvolta fatto consistere nella mera lesione della libertà di disporre), sia ai casi di truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico (in cui il danno è fatto coincidere, in definitiva, con la*

realizar necessidades pessoais, ou até mesmo aproveitar melhores negócios disponíveis, em razão do agir calcado em uma representação distorcida.

4.6.3 Relevância da omissão no estelionato contratual e a importância do “dever de informar”

Havendo por firmado o entendimento segundo o qual o estelionato se enquadra na modalidade de um delito pluriofensivo, o qual se constitui numa agressão injusta e fraudulenta ao patrimônio alheio e na consequente lesão à liberdade de disposição da vítima, tem-se que o estelionato contratual se verifica a partir da conclusão de um contrato que não teria sido firmado caso o agente ativo não tivesse induzido a outra parte em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento. Tais elementos devem, por conseguinte, ser analisados em concreto; vale dizer, particularmente no que tange às modalidades de execução da conduta, na medida em que o elemento subjetivo do crime é o dolo genérico, que se verifica pela consciência e vontade de induzir a vítima em erro, por meio dos artifícios acima referidos.

Entretanto, discussões há a respeito do relevo penal da omissão e/ou do silêncio na configuração do delito *sub examen*. PEDRAZZI²³⁹, em sua clássica obra sobre delitos patrimoniais, já apontava para a relevância penal do reticência que ofendesse os ditames da boa-fé objetiva. Especialmente na modalidade contratual da fraude criminal, deve-se salientar que o silêncio malicioso e a omissão de informações essenciais à

frustrazione degli scopi delle prestazioni pubbliche o con la irregolarità amministrativa della loro esecuzione).

Val la pena di esaminare, a questo punto, le principali tipologie di casi che hanno indotto dottrina e/o giurisprudenza a modificare la nozione strettamente patrimonialistica del danno.

a) Un primo gruppo di ipotesi problematiche emerge nell'ambito della truffa contrattuale (comessa cioè nell'ambito di una relazione di scambio che non avrebbe avuto luogo senza gli artifici o raggiri), con specifico riferimento a quelle fattispecie concrete in cui il raggirato riceve in cambio una controprestazione economicamente equivalente o proporzionale alla propria prestazione, ma inadeguata a soddisfare un suo bisogno personale” (FIANDACA e MUSCO, op.cit., p. 184-185).

²³⁹ Em referida obra, PEDRAZZI criticava o alinhamento doutrinário de sua época, que não identificava contorno penal no silêncio: “E d'altra parte, come si è visto più sopra, è lo stesso criterio della buona fede che ci assiste nell'interpretazione di qualunque condotta che possa valere come manifestazione espressa o concludente di un contenuto rappresentativo. Se ammettiamo che la buona fede intervenga a controllare e garantire l'interpretazione acquisita in base al comune modo di sentire, non v'è ragione di non ammettere che il medesimo canone, quando impone a un dato soggetto un obbligo di informazione, possa arricchire la sua reticenza di un nuovo significato concludente. Se abbiamo distinto due funzioni del presupposto normativo nella qualificazione giuridica della frode, non dobbiamo dimenticare che è lo stesso criterio a operare in entrambe, e che del resto il passaggio dall'una all'altra è molto spesso inavvertito. Per questo ci sembra poco coerente l'atteggiamento della dottrina, che mentre si affatica per rintracciare i più riposti significati concludenti di una condotta, si rifiuta di annettere rilevanza alla reticenza che offende la buona fede” (PEDRAZZI, Cesare. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milão: Giuffrè, 1955. p. 213-4).

elaboração das cláusulas assumem extrema relevância, notadamente nas hipóteses em que o agente mantém encobertas circunstâncias ou informação as quais havia a obrigação de comunicar ao contratante, mesmo que esse dever não advenha de uma norma estritamente penal²⁴⁰.

O exame da conduta daquele que é reticente ou omissivo no curso da formação do negócio bilateral está diretamente relacionado aos deveres contratuais. Pode a ação daquele que cala amoldar-se às circunstâncias normativas *artifício* ou *ardil*? A resposta é afirmativa. O dever de informação, proveniente do princípio da boa-fé, norteará a verificação dos elementos atinentes ao contrato que devem ser explicitados, de maneira transparente ao contratante. Nesta senda, a ação daquele que omite sobre circunstância que deveria esclarecer pode sim configurar-se em indução ao erro.

Deve-se atentar que a redação legal do art. 171 do Código Penal criminaliza também a conduta daquele que mantém o estado de erro; há, portanto, plena compatibilidade da estrutura típica com a ação daquele que apenas silencia quando a contraparte está em erro ou quando deveria informá-la sobre ponto relevante do ato jurídico. FANELLI²⁴¹ concorda com esta possibilidade, trazendo uma classificação das

²⁴⁰ Neste sentido, ZANNOTTI afirma: “*In tema di condotta caratterizzata dal silenzio la giurisprudenza ha sempre mantenuto un atteggiamento pressoché uniforme affermando, con una formula che ormai può dirsi di stile, che il silenzio è rilevante « quando sia maliziosamente serbato su circostanze che l'agente aveva il dovere giuridico di far conoscere »: ove per « silenzio maliziosamente serbato » si intende quel comportamento omissivo attuato in maniera tale da creare di per sé una mera apparenza, mentre il dovere giuridico di informazione deve ritenersi violato allorché l'agente non abbia ottemperato a norme giuridiche anche di natura extrapenale (ad esempio l'art. 1337 c.c.), che gli impovenerano di palesare la propria opinione o, addirittura, di dire la verità*”. (ZANNOTTI, *op.cit.*, p. 30.)

²⁴¹ A classificação que o autor resgata é bastante pertinente, pois coteja a necessidade de evitar-se a incidência em informação total, sobre toda e qualquer circunstância: “*Più complessa è la questione della rilevanza del silenzio nella c.d. truffa contrattuale (commessa cioè in occasione della conclusione di un contratto): in tal caso il reato viene commesso nell'ambito di una trattativa privata, in cui le parti si trovano su un piede di parità e ciascuna può fare affidamento sulla diligenza dell'altra nel procurarsi i dati necessari alla conclusione dell'affare nel modo rispettivamente più conveniente. È questo il tema dei c.d. obblighi di informazione, in ordine al quale rivestono particolare interesse le osservazioni di G. Bellantuono, Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione, nota a Cass. civ. 11 ottobre 1994, n. 8295, in Foro it., 1995, I, 1905, spec. 1909. L'autore, in relazione alla questione se la reticenza sia causa di dolo contrattuale e se dunque sia configurabile il c.d. dolo omissivo, opera una distinzione fra informazione <<produttiva>>, <<redistributiva>> e <<distruttiva>>: nella prima categoria rientrano le informazioni idonee a produrre un aumento di ricchezza, nella seconda le informazioni che consentono di ottenere un vantaggio sulla parte meno informata ma non creano nuova ricchezza, nella terza le informazioni che possono danneggiare una parte qualora non divulgate; la conclusione dell'autore è che solo l'omissione di informazioni <<distruttive>> e in alcuni casi <<redistributive>> può rendere il contratto annullabile per dolo. Applicando questa distinzione alla truffa contrattuale, sembra di poter dire che la rilevanza del silenzio vada limitata alla sola reticenza in ordine ad informazioni di tipo <<distruttivo>> (sempre che siano presenti gli altri presupposti richiesti da dottrina e giurisprudenza ai fini della sussistenza della truffa per omissione), in quanto la mancata rivelazione di tipo <<redistributivo>>, e cioè il tenere per sé elementi che potrebbero avvantaggiare la controparte,*

espécies de informação a partir de três tipos: as produtivas, as redistributivas e as destrutivas. Segundo o autor, apenas a omissão de informações da espécie destrutiva – que possuem o condão de produzir dano à parte caso sonegadas – seriam capazes de subsidiar a *truffa contrattuale*, desde que preenchidos os demais pressupostos dogmáticos exigidos.

Em sentido contrário, FIANDACA e MUSCO²⁴² não admitem a configuração do estelionato a partir da reticência do agente. Isso se deve à própria formação jurídica da *truffa* no Código Penal italiano – art. 640 –, na qual não consta a manutenção em erro como possibilidade de agir do sujeito ativo. Em consequência disso, os autores sustentam que o silêncio não possui o condão de induzir em erro, mas apenas o de fazer subsistir um estado preexistente. Portanto, se a falsa representação da vítima não decorre do silêncio do agente, faltaria um elemento do tipo penal italiano, pois careceria de nexo causal entre a conduta do estelionatário e o erro do ofendido.

Veja-se, a esse respeito, a orientação da jurisprudência italiana:

In materia di truffa contrattuale anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere integra l'elemento oggettivo ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggirio idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato e che il reato in esame è configurabile non soltanto nella fase di conclusione del contratto, ma anche in quella dell'esecuzione allorquando una delle parti, nel contesto di un rapporto lecito, induca in errore l'altra parte con artifici e raggiri, omettendo intenzionalmente la comunicazione di circostanze rilevanti che si

non sembra costituire un comportamento dotato di un disvalore tale da fuoriuscire dall'ambito dei rapporti civili per andare a ledere interessi penalmente rilevanti” (FANELLI, op.cit., p. 31).

²⁴² Os penalistas italianos sustentam a impossibilidade de caracterização de artil a partir de omissão: “Ed invero, stante il disposto dell'art. 40 cpv., non è possibile derogare alla regola generale che subordina l'equivalenza tra l'agire e l'omettere alla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi: senonchè, nel nostro ordinamento sono rare le norme che precisano quali circostanze si abbia l'obbligo di comunicare. Inoltre, chi si limita a tacere, non informando la controparte dell'esistenza di determinate circostanze la cui conoscenza potrebbe indurla a orientarsi in modo diverso, non determina nel partner un attuale e concreto stato di errore: infatti il silenzio non induce la vittima a credere in qualcosa di falso, ma lo lascia del suo preesistente stato di ignoranza. Se la conseguenza del silenzio o della reticenza non è una falsa rappresentazione, ma piuttosto un'assenza di rappresentazione, viene allora meno un requisito essenziale richiesto dall'art. 640 cioè manca il nesso causale tra la condotta del reo e una vera e propria induzione in errore del soggetto passivo.

Un ulteriore argomento, che porta a escludere la configurabilità di una truffa mediante condotta omissiva, riconduce ai presupposti generali di operatività dell'art. 40 cpv. A parte, cioè, l'accennata difficoltà di rinvenire nel nostro ordinamento espliciti obblighi giuridici di dire la verità, la equiparazione dell'omettere all'agire è in linea generale esclusa proprio rispetto ai reati di evento a forma vincolata, nel cui novero rientra appunto la truffa: infatti gli «artifici» o «raggiri», quali modalità comportamentali che devono provocare l'errore della vittima quale «evento» del reato, se interpretati rigorosamente, implicano un «attivarsi» diretto a ingannare la vittima che risulta difficilmente compatibile con un contegno di pura passività”. (FIANDACA e MUSCO, op.cit., p. 178.)

*ha il dovere di far conoscere, conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno.*²⁴³

A omissão dolosa no estelionato contratual pode ser compreendida como a violação, por parte do agente, de um específico dever de informar (boa-fé contratual), enquanto o silêncio, como ardil, se manifesta como um meio de manter a vítima em erro, estado de fato em que detém falsa representação da realidade, o qual tem o condão de influir na determinação da sua vontade. Conforme assevera SPOLANSKY²⁴⁴, o ardil pode ser executado por meio do silêncio, desde que a específica relação negocial exija que se proceda com transparência e veracidade. O silêncio portanto torna-se o meio para realização da figura típica²⁴⁵.

²⁴³ Corte di Cass., n. 30798/2012.

²⁴⁴ Em obra que aborda especificamente o papel do silêncio no estelionato, a partir do ordenamento espanhol, o autor aponta para a possibilidade da subsunção típica: *“El error para ser relevante debe haber sido causado por el engaño y motivar la disposición patrimonial injusta y perjudicial. Si el acto de disposición no proviene del error producido sino de otro anterior o concomitante, pero ajeno a la conducta del sujeto pasivo, no hay tipo objetivo de estafa. Es importante reiterar que ardid no produce el error si este proviene de la negligencia de la víctima (art. 172 del Código Penal y 931 del Cód. Civil). Un engaño o ardid también pueden ejecutarse a través de una omisión (silencio). Cómo esto es posible, cómo se determina la causalidad y cuándo existe el deber de decir verdad en el tráfico patrimonial son cuestiones que trato a continuación. Se piensa que todos los delitos de resultado en principio pueden ser cometidos en forma omisiva (omisión impropia). La delimitación entre lo que es comisión y omisión ya sea propia o impropia, no surge de una cuestión naturalista (el aspecto físico de la cuestión) sino de si se trata de una prohibición o de un mandato. De ello resulta una clasificación en la que se considera que el hecho se ejecuta comisivamente cuando se viola una norma prohibitiva. Sin embargo, esta no es la única vía de realizar un delito ya que también puede consumarse o tentarse a través de la violación de un deber que “funciona” como garantía para evitar la producción de un resultado no querido jurídicamente esta última modalidad se llama omisión impropia o comisión por omisión. (...) La omisión, y aun la impropia, es también una conducta finalista; en ella el sujeto no es que no haga nada, sino que no ejecuta algo determinado. Pero, en realidad, siempre despliega una conducta”.* (SPOLANSKY, Norberto E. *La estafa y el silencio*. Buenos Aires: Editorial Jorge Alvarez, 1967. pp. 67-71.)

²⁴⁵ MARINI aborda a questão do silêncio no estelionato, sob a ótica do ordenamento jurídico penal estelionato, defendendo o exato ponto de vista aqui adotado. Deve-se fazer nota especial para a observação quanto ao caráter extrapenal do dever de esclarecimento: *“Per quanto concerne il primo punto, in relazione al principio sancito dall'art. 40 cpv. cp., ci sembra che – indipendentemente dal valore assunto dal silenzio dell'agente ai fini della formazione del processo volitivo del soggetto passivo – occorra preliminarmente accertare l'esistenza di un obbligo giuridico di attivarsi (nella specie: di dire cioè che si sa). Sotto questo profilo, pertanto, non può essere accolto l'autorevole insegnamento che ancora la rilevanza del silenzio osservato dal reo alla violazione dei principi di buona fede. Ed invero, in questo modo, o si dà per scontata la presenza del presupposto generale di configurabilità del rapporto causale fra la condotta (omissiva) e l'evento – ed allora l'appunto mosso agli scrittori che non si accontentano della violazione della sola buona fede non ha fondamento reale – o si esclude la necessità della preesistenza di una norma giuridica che pone l'obbligo di attivarsi del allora, in relazione alla natura causale della fattispecie di truffa, si viola – prima ancora che la lettera della norma che la delinea – il disposto di cui all'art. 40 cpv. c.p., che la causalità nei delicta per omissionem commissa disciplina espressamente.*

Prima condizione – la cui mancanza, a nostro sommo avviso, preclude ogni altro accertamento – è , quindi, la presenza di un obbligo di attivarsi che, nelle specie che ci interessano, può essere quello di dire ciò che si sa (rectius : di non tacere in tutto od in parte ciò che si sa). L'accertamento di questo requisito (propedeutico, si ripete, ad ogni altro), deve, quindi, essere rimesso all'attività ermeneutica

Em uma representação gráfica, assim estaria a instrumentalização do silêncio no estelionato contratual:

Fig. 2

Pode-se pensar em uma exemplificação da omissão de comunicação como ardil o caso de um contratante que omita da contraparte circunstâncias que tem conhecimento a respeito de sua iminente insolvência²⁴⁶. Caso tais dados informativos não sejam alcançáveis pelo outro polo contratual, pode-se configurar o engano necessário para realizar a incidência da norma incriminadora do estelionato, pois efetivamente o ofendido não celebraria o contrato caso vislumbrasse a possibilidade de não receber a contrapartida de sua obrigação.

A lição de ROPPO²⁴⁷ é bastante oportuna a respeito da viabilidade de o silêncio constituir um meio para produzir o engano:

O engano pode assumir, segundo as circunstâncias, formas diversas: pode tratar-se de uma pura e simples mentira; pode consistir numa mentira

ordinaria e si riduce alla ricerca della specifica disposizione dalla quale l'obbligo di non tacere risulti. Ovvio che tale disposizione deve essere diversa da quella incriminatrice. Ricordato, infine, che talora la violazione di questo obbligo specifico comporta – in relazione al particolare interesse tutelato – già di per sè l'applicazione di una sanzione, null'altro crediamo di dover aggiungere." (g.n.) (MARINI, Giuliano. *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*. Milão: A. Giuffrè, 1970. p. 86-9.)

²⁴⁶ Neste sentido, vide FANELLI, *op.cit.*, p. 31-32.

²⁴⁷ ROPPO, *op.cit.*, p. 239-240.

acompanhada de uma «encenação» mais ou menos complexa, idônea a conferir-lhe credibilidade; pode, também, identificar-se com o silêncio ou a reticência: mais precisamente, com o silenciar, ou com o deixar na ambigüidade, factos que — em consideração das circunstâncias e das relações existentes entre as partes — deveriam ter sido, pelo princípio de boa fé pré-contratual (art. 1337.º Cód. Civ.), comunicados à outra parte, ou então esclarecidos.

A título de conclusão, deve-se admitir o papel do silêncio como caracterizador de ardil suficiente para o estelionato contratual, a partir dos marcos legais estabelecidos no ordenamento jurídico-brasileiro. Desde que haja em dada situação a convergência de deveres de comunicação, exigíveis pela legislação extrapenal, não haverá óbice para a incidência da rubrica do estelionato em razão do meio omissivo eleito pelo agente.

5 LEVANTAMENTO EMPÍRICO DA PRAXE JUDICIAL BRASILEIRA EM MATÉRIA DE ESTELIONATO CONTRATUAL: DIAGNÓSTICO E HORIZONTES

“Ainda quando se tenha tornado um expert no debate sobre o sistema do fato punível, faltarão, sem dúvida, muito para ser um expert em decidir casos de estelionato”.

Wolfgang Naucke²⁴⁸

5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Afirmou-se nas seções anteriores que a ideia subjacente à presente tese está no aprofundamento teórico do estelionato, especificando-se uma subcategoria que se optou por denominar *estelionato contratual*, de maneira a otimizar a aplicação da figura típica pelos tribunais brasileiros. Após a exposição das premissas conceituais, de dogmática penal, de teoria dos contratos e da modalidade de delito objeto do trabalho, impõe-se a confrontação do modelo teórico com o Direito Penal em concreto, ou seja, aquele produzido pelos magistrados do país, com o intuito de confirmar-se ou refutar-se a hipótese de fundo, de que existe um déficit interpretativo sobre a norma incriminadora em comento, especialmente no que tange à zona limítrofe entre a ilicitude civil e a ilicitude criminal.

Para tanto, foram colhidas decisões judiciais de Tribunais brasileiros, as quais fornecerão os subsídios para tal análise. Os detalhes da investigação são em seguida elucidados.

5.1.1 Detalhamento Metodológico

A pesquisa de decisões judiciais foi planejada pretendendo-se imprimir o máximo de representatividade regional ao levantamento empírico. Por essa razão estabeleceu-se que a colheita de material abarcaria os seguintes colegiados judiciais: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça da Bahia.

²⁴⁸

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht*. Eine Einführung. 3. ed. Frankfurt: Metzner, 1980. p. 330.

Para os fins almejados, era fundamental a obtenção de extrato atualizado do ideário destes Tribunais. Esta necessidade levou ao estabelecimento do primeiro padrão de corte na amostragem, qual seja, o marco temporal de publicação das decisões, restrito ao intervalo entre os anos de 2004 e 2014.

Os parâmetros inseridos nos serviços de consulta processual dos Tribunais estabelecidos para a pesquisa foram: “penal”, “estelionato”, “contrato”, “negócio jurídico” e “fraude civil”. Dessas palavras-chave resultaram mais de quinhentos acórdãos no período de tempo delimitado.

Em razão da excessiva quantidade de material colhido e da generalidade de temas abordados – em que pese todos de alguma forma relacionados ao mote *estelionato* – decidiu-se pela não realização de análise quantitativa da amostragem. Esta decisão foi motivada pela possibilidade de que os levantamentos numéricos representassem uma distorção da realidade estudada. Da mesma forma, o estudo quantitativo traria dados gerais sobre a modalidade tradicional do delito, o que poderia levar a um desvio do escopo principal do trabalho.

Assim, optou-se unicamente pela realização da análise qualitativa das decisões colhidas. No dizer de TREVES²⁴⁹, método qualitativo é: “(...) aquele em que, com uma análise interna do documento, procura-se identificar as linhas essenciais e os aspectos secundários de seu conteúdo e, com uma análise externa, procura-se julgar a autenticidade e avaliar a repercussão social do próprio documento”.

O método para filtrar as decisões a serem submetidas ao exame qualitativo foi excluir decisões que apenas mencionassem o termo *estelionato*, sem, no entanto, ingressar na forma que a respectiva Câmara ou Turma interpreta suas circunstâncias elementares. Portanto, excluíram-se da amostra julgados que enfrentavam apenas preliminares ou reconheciam causas extintivas de punibilidade sem resolução de mérito. Os acórdãos foram pinçados de maneira que se pudesse extrair o pensamento dos julgadores sobre um tópico determinado e, mais ainda, que possuísse vinculação com a modalidade negocial de estelionato.

²⁴⁹ TREVES, Renato, *Sociologia do Direito. Origens, pesquisas e problemas*. trad. Marcelo Brachini. Barueri: Manole, 2004. p. 216.

Suficientemente explanado o proceder do levantamento empírico, passa-se à observação das decisões, organizadas por temas de interesse.

5.2 ESTUDO DE CASOS

5.2.1 Diferenças entre ilícito civil e ilícito penal

A pesquisa trouxe um grupo de acórdãos que se debruçaram sobre as distinções entre a fraude criminal e a fraude civil. A jurisprudência brasileira em sua maioria está ajustada à perspectiva advogada neste trabalho: não há diferença essencial entre as ilicitudes. Reproduz-se ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça que traduz tal entendimento:

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. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes). **II - 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!** III - 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 patrimônio. IV - A exordial acusatória atacada no presente mandamus preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que descreve de forma suficiente a conduta delitiva, com as suas respectivas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do ilícito penal e o rol de testemunhas, não se vislumbrando qualquer prejuízo à defesa. Habeas corpus denegado.²⁵⁰

Com efeito, extrai-se da decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça a ideia de que não há diferença ontológica entre a fraude criminal e a fraude civil, apontando para a unicidade das fraudes na esfera civil e na esfera criminal. Em

²⁵⁰ HC 76.106/CE, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 14/06/2007, DJ 24/09/2007, p. 339.

que pese tal entendimento, há de se ressaltar que nem sempre o ilícito civil redundará na configuração de ilícito criminal; todavia, todo ilícito criminal em um evento negocial ensejará ilícito na esfera civil. O julgado apresentado, embora não utilize a específica terminologia trabalhada, está a tratar de uma situação concreta que se harmoniza perfeitamente com a figura típica objeto do presente estudo. O colegiado reconhece características primordiais do *estelionato contratual*, eminentemente a consubstanciação do dolo antecedente (“pré-constituído propósito fraudulento”, na expressão do julgado).

Da mesma forma, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ilide uma ideia que ainda se encontra relativa ao afastamento de estelionato em casos que tenha ocorrido celebração de contrato. Consoante a própria afirma, o contrato pode ser o meio do qual o agente lança mão para ilaquear o ofendido. Pensamento contrário tornaria simples para aquele que deseja enganar outrem escudar-se em contramedidas solenes: bastaria forjar um contrato com o ofendido que a conduta delitiva passaria a ter o contorno de mero descumprimento contratual. Evidentemente, a tutela penal não poderia omitir-se em situações deste jaez.

Nessa esteira, uma apelação da 16ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo salienta a zona fronteira entre as ilicitudes, assinalando que não necessariamente a violação de dever contratual implicará perpetração de delito. Ressalta-se que a Corte de São Paulo compreende a relevância que possui o dolo para o juízo adequado sobre a subsunção típica. Eis transcrição da ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. Descumprimento *contratual*. Ilícito civil e não ilícito penal. Necessidade de demonstração da fraude ou da intenção de obter indevida vantagem. Ausência de prova do dolo. Absolvição Recurso provido (voto nº. 21002).²⁵¹

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul consagra o entendimento da ausência de diferença essencial entre as fraudes em decisão proferida em apelação criminal julgada pela 7ª Câmara Criminal. Reproduz-se a ementa da decisão:

FRAUDE CIVIL E PENAL. INDIFERENÇA. HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DO CRIME DE ESTELIONATO. Não existe diferença

²⁵¹ Apelação Crime Nº 0006461-81.2009.8.26.0451, Tribunal de Justiça de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Criminal, Comarca de Piracicaba, Rel. Newton Neves, Julgado em 21/01/2014.

entre a fraude civil e a fraude penal. Só há uma fraude. Trata-se de uma questão de qualidade ou grau, determinado pelas circunstâncias da situação concreta. Elas que determinaram, se o ato do agente não passou de apenas um mau negócio ou se neles estão presentes os requisitos do estelionato, caso em que o fato será punível penalmente. Na hipótese em julgamento, a ação do apelante, como afirmou a Magistrado, não se caracterizou no delito de estelionato: Em tendo, pois, o denunciado celebrado contrato de empreitada com a vítima e em tendo ele, nesse afã, edificado boa parte da casa, não há falar em estelionato, pois que, se quisesse mesmo ludibriar a vítima, o acusado nem sequer teria dado início à obra. Descumprindo, portanto, parte da avença, o réu cometeu indubitável ilícito contratual, passível da competente reparação de danos na esfera cível, mas não estelionato, até porque ausente o dolo e específico do crime. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. Unânime.²⁵²

Não obstante a correção do alinhamento da decisão anterior, há uma afirmação que mereceria reparo, o que se afirma até mesmo em razão da função orientadora que cumpre a jurisprudência no mercado das relações de troca. O fato de o contratado ter dado início à execução da obra pactuada não opera um imediato afastamento da norma incriminadora, pois não é um indício seguro da ausência de dolo antecedente²⁵³. Poderia existir, a título de exemplificação, um desígnio prévio do agente para não completar a obra, aproveitando-se do valor que fosse alcançado pela contraparte antecipadamente. Desta feita, a afirmação contida na ementa do julgamento mereceria reparo, por não ter utilizado a motivação mais abalizada para considerar o fato mero ilícito de cunho civil.

O indivíduo que está inserido no mundo dos negócios deve ter condições de saber até que ponto pode avançar sem cometer ato ilícito. A doutrina e a jurisprudência serão esteios neste caminho, a delimitar em que momento inicia-se o cometimento de crime.

²⁵² Apelação Crime Nº 70010509941, Tribunal de Justiça do RS, Sétima Câmara Criminal, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 28/04/2005.

²⁵³ O mesmo órgão colegiado, em outra oportunidade, julgou situação em que um advogado não ingressou com uma ação de separação e alimentos para a qual havia sido contratado. A decisão restou assim ementada: “ESTELIONATO. HONORÁRIOS PAGOS A ADVOGADO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO. OBRIGAÇÃO DESCUMPRIDA. FATO QUE CONFIGURA MERO INADIMPLENTO CONTRATUAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. Apelação provida”. (Apelação Crime Nº 70019607290, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 28/06/2007). A Sexta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou não haver dolo pois o advogado ficou aguardando alguns documentos que seriam entregues pela cliente para ajuizar a mencionada demanda cível. Quando foi informado que a cliente contratara outro profissional, restituiu o valor que lhe fora adiantado a título de honorários advocatícios.

5.2.2 Inadimplemento Contratual X Prejuízo ensejado por delito

Outra matéria que interessa ao estudo é trazida por alguns julgados que compõem a amostra pesquisada. Tais decisões são firmes na dissociação entre inadimplemento contratual e a circunstância elementar do tipo de estelionato *prejuízo*, os quais possuem contornos similares, mas diferem especialmente em sua consequência jurídica. Julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça alerta para o necessário distanciamento entre estes conceitos:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. MATÉRIA CIRCUNSCRITA AO ÂMBITO CÍVEL. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1 – Falta justa causa à ação em que o paciente é denunciado pela prática de estelionato, se a lide, na verdade, circunscreve-se ao âmbito do direito civil, eis que diz respeito à alegação de prejuízo em virtude de inadimplemento contratual, não se verificando do inquérito algum suporte que aponte a intenção do agente em induzir ou manter os contratantes em erro, mediante o uso de algum meio fraudulento, de modo a obter vantagem ilícita. 2 – Concedo o habeas corpus para trancar a ação penal, ante a ausência de justa causa.²⁵⁴

Para além do estudo do estelionato contratual, há um comentário prévio a ser feito: o julgado transcrito demonstra um problema que assola alguns estudos da praxe judicial em solo brasileiro. Ele consiste na incompletude da ementa do acórdão, a qual não equivale integralmente as nuances da discussão jurídica travada no processo decisório. Por isso, ao longo da presente pesquisa, procurou-se sempre cotejar a ementa colhida com o inteiro teor do acórdão, a fim de evitar conclusões temerárias.

Retornando ao assunto principal do julgado, dessume-se da ementa que o debate da causa gira em torno de descumprimento contratual. A consulta à íntegra do voto narra o substrato fático do caso, asseverando que ocorreu um negócio jurídico entre uma agência de viagens e um grupo de ginástica da Universidade Federal de Santa Catarina, visando à realização de uma viagem ao exterior, transação celebrada no ano de 1998. No ano de 1999, quando ocorreu uma grande desvalorização cambial do real frente ao dólar, o proprietário da agência de viagens procurou os clientes e propôs a eles a substituição do objeto do contrato, do pacote turístico adquirido por uma viagem

²⁵⁴ HC 26.656/SC, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Rel. Ministro Paulo Gallotti, julgado em 07/08/2003, Dje 07/04/2008.

ao Nordeste do Brasil. A sugestão não foi aceita pelos clientes, e foi firmado um distrato no qual se comprometeu a ressarcir os valores recebidos na integralidade.

Fator decisivo para o trancamento do processo criminal pelo Superior Tribunal de Justiça, foi que, em sede policial, constatou-se documentação comprobatória de reservas de hotéis e outros arranjos realizados pelo operador de turismo no exterior. Portanto, acertou a Corte quando decidiu que não havia engodo engendrado para induzir os contratantes em erro, pois seu intento inicial era de cumprir o quanto fora acordado. Não havia, pois, **dolo antecedente**, de maneira que ficaria ilidida a categoria do estelionato negocial. A impossibilidade superveniente de adimplir o contrato, a ser averiguada no âmbito civil, possivelmente enquadrar-se-ia na teoria da imprevisão, e geraria discussões quanto aos desdobramentos apenas naquela esfera²⁵⁵.

Por outro lado, existem decisões que consideram equivocadamente o prejuízo apto a caracterizar a figura delitiva como mero inadimplemento contratual. A seguir, apresenta-se ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que compõe este grupo:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. FATO ATÍPICO. Réu denunciado porque teria simulado uma negociação de compra e venda de veículo inexistente com a vítima. Verificada a existência do veículo em questão, não há se falar em crime de estelionato por ausência da fraude descrita na denúncia. Em verdade, a conduta do réu de não entregar o veículo ao comprador que pagou o preço constitui mero inadimplemento contratual que não pode ser caracterizado, em princípio, como estelionato, porquanto ausente o elemento subjetivo do injusto. Absolvição que se impõe por atipicidade do fato (art. 386, III CPP). APELO PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU.²⁵⁶

A ementa transcrita permite inferir que os julgadores entenderam pela absolvição, em virtude de entenderem que o fato nada mais era senão um inadimplemento contratual. O inteiro teor do acórdão demonstra que a existência do veículo objeto da contratação consistiu em elemento definitivo para o encaminhamento

²⁵⁵ A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou situação similar no RHC 21.006/SC, quando entendeu não pertencer à seara criminal caso de uma contratação de uma empresa de engenharia para construção de edificação, cuja execução resultou inacabada. Trecho do voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura aduz: “*O Direito Penal moderno é marcado pelo princípio da intervenção mínima, não sendo viável dele se servir para tratar de questões ligadas ao inadimplemento contratual.*” (Julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

²⁵⁶ Apelação Crime Nº 70036092369, Tribunal de Justiça do RS, Sexta Câmara Criminal, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 23/09/2010.

jurídico atribuído. Este foi o motivo pelo qual os julgadores consideraram não haver *animus decipiendi* na conduta do acusado fraudador, porquanto absolveram-no.

Embora não se conheçam os autos do processo, a análise do discurso da decisão, em sua ementa e na íntegra do voto, é suficiente para demonstrar que a fundamentação é equivocada. A mera existência do bem objeto de contratação não pode servir como motivo para afastar a subsunção dos fatos ao estelionato contratual. Esta afirmativa legitimaria a exclusão de tipicidade em casos nos quais o agente concretiza a venda de um dado bem – existente – com intenção deliberada de não realizar a *traditio*. Conforme já exposto em segmentos anteriores, a caracterização da conduta delitiva depende da análise do elemento subjetivo. A existência do veículo não possui o condão de afastar possível evento delitivo no momento negocial.

Por sua vez, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça externou interessante posicionamento sobre os limiares da ilicitude civil e criminal. Transcreve-se a ementa do julgamento:

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. – No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Tais hipóteses inócorrem. – In casu, existem fortes indícios de que os fatos imputados não configuram, apenas, descumprimento contratual, eis que, aparentemente, o réu agiu arditosamente, 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. – No caso sub judice, a peça vestibular descreve, com clareza, conduta típica em tese, propiciando o exercício da ampla defesa do réu. – Precedentes. – Recurso desprovido.²⁵⁷

Inferre-se do julgado que a suscitação defensiva era de que a narrativa acusatória consistiria apenas em descumprimento contratual, portanto pugnava pelo trancamento do processo criminal por se tratar apenas de ilícito civil. Os julgadores entenderam que apesar de haver um inadimplemento de negócio jurídico, haveria também a tipicidade aparente de um ilícito criminal para ser apurado. O inteiro teor do voto dá conta que o acusado publicara um anúncio de jornal, colocando à venda uma cota de consórcio de

²⁵⁷ RHC 14.819/SP, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 23/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 289.

um veículo. Mencionado anúncio acenava para a entrega do veículo em um prazo de dez dias, após o pagamento da entrada do consórcio. Tais condições atraíram o ofendido, que pagou o valor da entrada e uma parcela, mas não recebeu o automóvel. Contatos posteriores com a empresa que vendeu o suposto consórcio foram todos fracassados.

Os elementos debatidos superficialmente no recurso ordinário em *habeas corpus* acima demonstram com evidência que se está a falar da categoria aqui denominada *estelionato contratual*. A realização de um negócio jurídico de compra e venda de uma carta de consórcio, cujo objeto o vendedor nunca pretendeu entregar, amolda-se com perfeição à modalidade de fraude estudada. Um elemento essencial da distinção é verificado na situação fática: o dolo antecedente de enganar. Destarte, é insustentável deslocar o ilícito criminal para a esfera do mero inadimplemento contratual. A contratação subjacente constituiu em um artifício para que o agente induzisse em erro o comprador. Assim, a partir dos pressupostos aqui assumidos, corrobora-se a solução jurídica encaminhada pelos julgadores.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deparou-se com pedido de extradição de cidadão esloveno, o qual teria cometido o delito de fraude comercial, tipificado no diploma repressivo daquele país. O julgado foi assim ementado:

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. GOVERNO DA ESLOVÊNIA. PROMESSA DE RECIPROCIDADE. ESTELIONATO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ATIPICIDADE DA CONDUTA, SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. EXTRADIÇÃO INDEFERIDA. I – A existência de promessa de reciprocidade formulada pelo Estado requerente ao governo brasileiro legitima o processamento da ação de extradição instrutória. II – Imputa-se ao requerido a prática, em tese, do crime de fraude comercial, previsto no primeiro parágrafo do art. 234, a, do Código Penal esloveno. III – As autoridades judiciais do Estado requerente consideram que a tipicidade da fraude comercial perfectibilizou-se, deduzindo que a suposta situação de insolvência empresarial, em tese ocultada na celebração de contrato, seria suficiente à caracterização do disfarce, figura elementar àquele tipo penal. IV – No Brasil, o delito análogo à fraude comercial prevista na legislação eslovena é o estelionato, cuja tipicidade objetiva engloba três elementares: (i) obtenção de vantagem ilícita para si ou para outrem; (ii) prejuízo alheio; e (iii) artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. V – Ausentes, nos autos, evidências de que o extraditando tenha agido mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, revelando-se atípica a conduta segundo a legislação brasileira. VI – Extradição indeferida. VII – Estando o extraditando solto por decisão proferida neste processo, torna-se desnecessária a expedição de novo alvará

de soltura, revogando-se, tão somente, as medidas cautelares impostas como condições à substituição da prisão preventiva.²⁵⁸

O inteiro teor do voto do Ministro Relator fornece mais detalhes sobre o substrato fático do pedido extradicional. A República da Eslovênia requereu a extradição de nacional sérvio, o qual teria, na qualidade de representante da empresa Koni, celebrado contrato com a empresa Tusmobil, para obter serviços de telefonia móvel, ocultando a condição de insolvência da pessoa jurídica que gerenciava. Segundo a acusação a que o extraditando respondia, a fraude seria justamente a ocultação de insolvência da empresa de telecomunicações. O prejuízo consistiria em três aparelhos de telefone celular que foram objeto do contrato, assim como as faturas de prestação de serviço que não foram pagas, que totalizou o valor de 1.556 Euros. O Supremo Tribunal Federal decidiu por não conceder a extradição, em razão de não vislumbrar no agir do extraditando artifício, ardil ou outra fraude, o que inviabilizaria a acomodação da conduta no tipo do art. 171 do Código Penal brasileiro.

A impressão que deflui da análise da decisão é que talvez fatores extrajurídicos tenham atuado na construção retórica de uma justificação para não se adotar providência extrema – extradição – a partir de dano pecuniário de menos de 2.000 euros. Na íntegra do voto, localiza-se também a informação que o contratante dos serviços de telefonia seria idoso e portador de diabetes em estágio avançado, motivo pelo qual foi concedida a substituição de sua prisão preventiva por outras medidas cautelares.

Consoante se assinalou em tópicos anteriores, o artifício ou ardil não necessitam de uma maquinação mais elaborada para que estejam caracterizados; o pensamento contrário encontra raízes na teoria da *mise en scène*, isto é, que só haverá estelionato quando o agente promover alegorias destinadas a distorcer a interpretação da realidade. O ardil/artifício pode estar inoculado na contratação de determinada prestação de serviços, desde suas tratativas até a celebração do pacto.

Dado importante para que se realize um juízo acerca da ocorrência ou não de delito é fornecido pela acusação que é parcialmente reproduzida na íntegra do acórdão: o extraditando ocultou a situação de insolvência de sua empresa no momento da

²⁵⁸ Ext 1310 / DF, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 06/08/2013.

contratação. Assim, pode-se concluir que aí residiu o artilho do contratante e que provavelmente sua intenção prévia à pactuação era de usufruir dos serviços sem ter que realizar os pagamentos necessários em contrapartida.

5.2.3. Dolo antecedente

Outro elemento relevante para o exame crítico da jurisprudência do estelionato contratual está na localização do chamado dolo antecedente, conforme a densificação teórica da modalidade realizada em capítulo próprio. A maquinação adrede de infundir equívoco no sujeito ativo é o critério mais cristalino a dissociar as ilicitudes que se encontram nos limiares do âmbito penal e contratual.

Em caso que entendeu evidenciado o agir doloso do acusado, a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu por manter a condenação aplicada em primeira instância em desfavor do apelante. É o que se depreende do julgamento assim ementado:

APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. Configuração. Conduta de tomar dinheiro da vítima para realizar serviço de regularização de escritura de imóvel, o qual nunca foi feito. Pretendida absolvição. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra firme da vítima, corroborada pelos documentos juntados ao inquérito policial. Réu revel, que não compareceu ao processo para ofertar sua versão. *Dolo* de fraudar que é manifesto, tendo em vista o modo de agir do acusado, que sempre fornecia justificativas pouco críveis para não realizar o serviço, e, ainda, abandonou o seu suposto escritório, sem comunicar à vítima, deixando-a suportar o prejuízo do pagamento já realizado. Fatos que não demonstram a ocorrência de mero inadimplemento *contratual*, mas sim do delito previsto no art. 171, caput, do Código Penal. Dosimetria. Aumento operado na primeira fase que se mostra excessivo. Réu tecnicamente primário ao tempo dos fatos, o que autoriza a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mais multa. Apelo parcialmente provido.²⁵⁹

O integral teor do acórdão narra a situação fática da vítima que procurou o réu Nelson para que este regularizasse imóvel de sua propriedade, localizado na cidade de Diadema, o qual foi objeto de partilha após divórcio. Celebrou-se um contrato com o acusado, mediante o qual ele comprometia-se a diligenciar os trâmites para regularização do imóvel junto à Prefeitura, em especial, para emissão da escritura da

²⁵⁹ Apelação Crime Nº 0013193-98.2007.8.26.0564, Tribunal de Justiça de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Criminal, Comarca de São Bernardo do Campo, Rel. Otávio de Almeida Toledo, Julgado em 19/02/2013.

residência da ofendida. Para estes préstimos, o acusado recebeu o valor de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais).

Quando era procurado pela vítima, a fim de saber o andamento de seu pleito, Nelson sempre apresentava respostas evasivas, alegando reiteradamente que faltavam documentos. Na derradeira oportunidade, a vítima procurou o imputado e este havia abandonado seu escritório. O réu nunca restituiu os valores, tampouco demonstrou que efetivamente houvesse postulado a emissão da referida escritura.

Em sua defesa, Nelson suscitava que tratava-se de mero inadimplemento contratual. O magistrado em primeira instância fustigou esta argumentação com lúcida observação, que sintetiza o estelionato contratual: “Tudo está a demonstrar que o contrato, na verdade, foi o meio pelo qual o réu deu aparência de bom negócio àquilo que propunha a vítima, a fim de iludir sua boa-fé locupletando-se indevidamente, assim, do numerário que lhe foi entregue”. Apesar de não utilizar a nomenclatura aqui adotada, o julgador sintetiza uma característica relevante do estelionato negocial, que é sua instrumentalização pelo contrato.

A análise da narrativa do julgado permite concluir o acerto da decisão, pois resta claro que Nelson nunca pretendeu levar a termo a emissão da escritura do imóvel da ofendida. Seria descabido falar em mero ilícito civil, pois o intuito de enganar estava presente desde as tratativas iniciais, agravado pelas respostas evasivas e posterior desaparecimento do acusado pelo abandono de seu “local de trabalho”.

A necessidade de dolo antecedente para consubstanciação do estelionato também é afirmada²⁶⁰ pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Isto é demonstrado pelo julgado que a seguir é reproduzido:

260 A investigação realizada trouxe diversos acórdãos com posicionamentos similares. Para mencionar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, transcrevem-se dois casos com desfecho idêntico: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. Fatos imputados que não se conformam ao tipo do estelionato. Contratos de aquisição e locação de máquinas firmados entre empresa dos réus e fornecedores seus. Inadimplemento contratual. Fraude para a realização de tais contratos não verificada. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70046391215, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 22/03/2012) APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE DOLO. ILÍCITO CIVIL. A análise do contexto probatório não permite a visualização do dolo na conduta da acusada, no sentido de induzir a vítima em erro, elemento indispensável à subsunção da conduta ao tipo penal incriminador previsto no art. 171 do Código Penal. Ao que tudo indica, o caso dos autos

APELO MINISTERIAL. ESTELIONATO (ALIENAÇÃO FRAUDULENTA DE COISA PRÓPRIA). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. FUNDAMENTO DO RECURSO: EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. INACOLHIMENTO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. MP OPINA PELO “IMPROVIMENTO PARCIAL” DO APELO, APENAS PARA CORRIGIR A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. de ofício, modifica-se a Sentença somente na parte dispositiva, mantendo a absolvição da Recorrida com fundamento apenas no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.²⁶¹

Tal decisão foi proferida em recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, no qual se pretendia reformar a decisão de primeira instância que absolveu a acusada. O substrato fático do caso é o seguinte: em julho de 2008, a ré vendeu à vítima um imóvel pelo valor de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), dos quais R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) foram pagos em dinheiro, ficando o restante para ser obtido mediante financiamento junto à Caixa Econômica Federal. A circunstância que apenas foi descoberta *a posteriori* é que o imóvel objeto da pactuação já fora vendido anteriormente (em maio de 2008) para outro comprador, com escritura pública lavrada em 30.10.2008, o que teria sido descoberto somente em 03.11.2008. Portanto, o Ministério Público buscou em grau recursal o reconhecimento de que a acusada obteve para si vantagem econômica ilícita, em prejuízo da vítima, induzindo-a em erro, por meio de subterfúgio fraudulento.

A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça baiano não proveu a apelação ministerial, porquanto entendeu que a acusada não estava revestida do necessário elemento subjetivo que tornaria típica sua conduta. Por tal motivo foi mantida a absolvição.

Diverge-se do encaminhamento jurídico conferido pelo órgão colegiado. A acusada vendeu o mesmo imóvel duas vezes, ainda que a íntegra do acórdão dê conta que foram tratativas tumultuadas – houve um protelamento de prazo na primeira venda. Todavia, em razão da compra e venda perfectibilizada, a ré não poderia ter aceitado o pagamento feito pelo segundo comprador. Houve violação de um dever informativo relevante no caso concreto, e a conclusão de ausência de dolo antecedente pode ter sido

contempla situação de mero inadimplemento de obrigação contratual, conjuntura que deve ser resolvida na esfera própria. Sentença reformada. Absolvição. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70045427408, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 01/12/2011)

²⁶¹ Apelação Criminal 0030522-80.2009.8.05.0001, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Primeira Câmara Criminal –Primeira Turma, Relator: Vilma Costa Veiga, Julgado em 07/08/2012.

influenciada pelo ressarcimento posterior realizado pela agente. Muito embora estivessem presentes elementos como o prejuízo da vítima e a obtenção de vantagem por parte da ré, os julgadores entenderam que não seria possível estabelecer o dolo da conduta.

Consignaram os componentes da Câmara Criminal que é necessária a presença do elemento subjetivo (dolo) desde o princípio do negócio. Tampouco estaria presente o elemento subjetivo do tipo específico previsto no *caput* do art. 171 do CP: a intenção de obter lucro indevido para si ou para outrem.

Em decisão didática, o Supremo Tribunal Federal diferencia o propósito de lesar de acordo com o momento contratual, em consonância com os termos apresentados no capítulo anterior. Reproduz-se a ementa do referido aresto:

Habeas Corpus. 2. Crimes de estelionato e extorsão. 3. Pedido de trancamento da ação penal. 4. Denúncia inepta. Imputação genérica ou abstrata, impassível de comprovar a materialidade dos supostos delitos. 5. Em se tratando de crime de estelionato, o dolo de obtenção de vantagem, mediante indução ou manutenção da vítima em erro, deve ser inicial. **O intento lesivo deve coexistir com o início da execução, não se caracterizando o delito do art. 171 do Código Penal quando, como no caso concreto, a teórica intenção lesiva tenha nascido a posteriori, na busca de proveito indevido antes não visado, situação que se caracterizaria como mero inadimplemento contratual.** 6. Para que se perfeça o delito de extorsão, é indispensável o uso de violência ou grave ameaça por parte do agente, circunstâncias sequer aventadas na denúncia, não se podendo, de outro lado, tomar a teórica exigência de quantia em dinheiro, condicionando a entrega de cópia do contrato, como indicativo de vis compulsiva. 7. Condutas atípicas. 8. Ordem deferida para determinar o trancamento, em definitivo, da ação penal nº 001.2002.016375-5.²⁶²

Consoante foi mencionado, o estelionato contratual somente se perfectibiliza se incide dolo até o momento em que é celebrado efetivamente o contrato. Assiste razão à afirmativa no acórdão do Supremo Tribunal Federal, pois o momento de ocorrência de fraude, ou lesão patrimonial, é essencial para a subsunção apropriada dos fatos à moldura legal. Quando o elemento subjetivo for superveniente à formação do contrato, será então uma hipótese de inadimplemento contratual doloso.

²⁶² HC 87441/PE, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 16/12/2008.

5.2.4 Fraude

Outra temática com razoável frequência nas decisões colhidas que merece destaque, em se tratando da manifestação típica do estelionato contratual, é a ação fraudulenta. Como se verá logo abaixo, algumas das decisões apanhadas inclinam-se pela descaracterização do estelionato em razão da não detecção de ação fraudulenta.

Diferentemente do que se vislumbrou nos casos de exigência de dolo (antecedente e específico), em alguns acórdãos o ponto cerne é a presença das circunstâncias elementares normativas de meio. Estas são o ferramental por meio do qual o agente impõe à vítima uma falsa representação da realidade, para assim obter seu propósito de vantagem econômica indevida.

Para a análise deste elemento, parte-se da seguinte decisão do Superior tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. CARACTERIZADO MERO INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO PROVIDO. 1. Não demonstrado, na denúncia, o emprego do meio fraudulento com a finalidade de obter vantagem ilícita pelo paciente, carece a ação penal instaurada de justa causa. 2. Tratando-se, unicamente, de suposto inadimplemento contratual, a questão deve ser resolvida no âmbito cível. 3. Recurso a que se dá provimento para trancar a Ação Penal nº 050.05.09510-2/00, instaurada perante a 23ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP.²⁶³

Em apertada síntese, a acusação aduz ter o réu, advogado, obtido vantagem ilícita no valor de R\$ 5.591,00, em prejuízo da vítima, induzindo-a e mantendo-a em erro. A hipótese concreta versa sobre a contratação dos préstimos advocatícios do réu para ingressar com uma ação de conhecimento. O valor acertado em contrato de honorários era de R\$ 8.000,00, dos quais apenas a parte tida como prejuízo efetivamente foi paga. O engano supostamente levado a cabo pelo advogado seria comprometer-se a ajuizar uma ação, quando não o fez.

O que se infere dos autos é que o pagamento ocorreu e os serviços foram prestados parcialmente, mas não finalizados. Isso ficou tão claro que o Procurador da República que proferiu parecer nos autos opinou que "os fatos narrados na denúncia não configuram crime de estelionato, pois não restou evidenciado o emprego do meio

²⁶³ RHC 21.359/SP, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/02/2008, DJe 19/05/2008.

fraudulento com a finalidade de obter vantagem ilícita, restando caracterizada a ocorrência de mero inadimplemento contratual".

Com base no exame feito, conclui-se que foi correta a posição da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Não houve fraude, tampouco agir doloso; a questão submetida a julgamento era mero ilícito civil, cuja análise escapa à Justiça Criminal.²⁶⁴

Em outro julgado que enfrentou mais detidamente a questão, a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul optou por manter a condenação do réu pelo delito de estelionato, apoiando-se, para tanto, na verificação do atuar fraudulento do agente durante as negociações com a vítima. Reproduz-se a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Relatos da vítima, coerentes e convincentes, no sentido de que o réu a ludibriou oferecendo serviços de gráfica, convencendo-a, através de várias visitas para apresentação de seu produto, a firmar o contrato. Relevância da palavra da ofendida, no caso, reforçada pelo depoimento do corréu, o qual a corroborou plenamente. "Animus fraudandi" evidenciado pelo "modus operandi" do agente, que, além de ter-se apresentado com nome falso, imediatamente após o recebimento e desconto das cartões emitidas pela ofendida em razão da contratação de seus serviços, não foi mais encontrado por ela. Conduta que extrapolou o mero inadimplemento contratual, enquadrando-se no tipo do estelionato. Tese exculpatória não comprovada "quantum satis". Condenação mantida. APELO IMPROVIDO.²⁶⁵

264 A respeito deste ponto, devem ser realçados dois precedentes dessa mesma Corte que embasam a decisão sob análise. Veja-se os seguintes citados no acórdão: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ESTELIONATO. FALTA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. VANTAGEM ILÍCITA, PREJUÍZO ALHEIO, MEIO FRAUDULENTO. INOCORRÊNCIA. 1. O crime de estelionato necessita, para sua configuração, além da vantagem ilícita em prejuízo alheio, o emprego de ardil, artifício ou qualquer outro meio fraudulento, para induzir a vítima em erro. Precedentes do STJ. 2. Não demonstrando a denúncia o meio fraudulento empregado e o especial fim de agir do acusado para obter vantagem ilícita, em detrimento de terceiro, não se justifica a instauração da ação penal, diante da atipicidade da conduta descrita. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HC 46.296/PB, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 14/11/05). PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. I - O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável desde que se comprove, inequivocamente, hipóteses, v.g., como a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. II - O mero inadimplemento contratual, consubstanciado no descumprimento de obrigação por parte de um dos contratantes, não caracteriza, por si, o crime de estelionato, por ausência do elemento subjetivo do tipo. Fato comprovado por declaração da vítima de que não viu na conduta do paciente, quando deixou de honrar com sua obrigação, nenhuma má-fé ou malícia. Writ concedido. (HC 20.637/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 30/9/02).

²⁶⁵ Apelação Crime Nº 70048737696, Tribunal de Justiça do RS, Oitava Câmara Criminal, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 19/09/2012.

O caso a que se refere a supracitada ementa abrange a atuação em conjunto de dois agentes, os quais, passando-se por funcionários de uma gráfica inexistente, ofereceram serviços de serigrafia a uma academia. A fraude se perfectibilizou com a encomenda pela ofendida de cartões e camisetas, pagos com dois cheques, um no valor de R\$ 2.000,00 e outro de R\$ 3.000,00, perfazendo um total de R\$ 5.000,00.

A partir da análise da íntegra do acórdão, evidencia-se que os sujeitos, desde o limiar das tratativas, não tinham a mínima intenção de cumprir sua parte no avençado, tendo, em realidade, iludido a vítima com o oferecimento de um negócio vantajoso, auferindo a vantagem sem prestar a contraprestação devida. Essa situação difere muito daquela na qual o vendedor, no transcorrer na relação contratual, se vê, por um motivo ou outro, impossibilitado de cumprir a prestação a que se comprometera.

Para a configuração do mero descumprimento de um contrato, sem que a conduta adentre no âmbito do ilícito penal, necessário que o agente, ao firmar a avença, o tenha feito de boa-fé, ainda que, posteriormente, não logre cumpri-la. Na situação posta, o que se revelou é que o apelante nunca teve a intenção de honrar o compromisso assumido, mas visava, apenas, haver para si os valores acordados com a lesada, sem a contraprestação respectiva, auferindo, daí, a vantagem ilícita.

Interessante apontar que o indicativo mais seguro a respeito do dolo de fraudar do agente é que, ao tratar com a ofendida, apresentou nome falso, certamente por acreditar que, assim fazendo, não seria localizado por ela, posteriormente. O *modus operandi* do agente leva à inevitável conclusão da prática do crime de estelionato em sua modalidade contratual, não sendo possível sequer considerar a possibilidade de um mero descumprimento de cunho civil. Estava nítido, em todas as fases negociais, o *animus decipiendi* do réu.

5.2.5 Indução e manutenção em erro

Para além de tais elementos, cumpre fazer referência à indução em erro, ou, ainda, às hipóteses em que o agente mantém a vítima em erro, circunstâncias que não raro merecem destaque quando da apreciação do crime de estelionato pelas Cortes do País. Eis julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do mote:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – ESTELIONATO – AUSÊNCIA DE TIPICIDADE – COMPROVADA EXCEPCIONALIDADE DO CASO – RECURSO PROVIDO 1- O trancamento da ação penal é medida excepcional e somente deve ser tomada em casos em que a irregularidade seja manifesta e cristalina. 2- A indução ou manutenção da vítima em erro é elemento essencial à configuração do estelionato. 3- Não é possível a caracterização do crime de estelionato se a vítima tinha ciência prévia da situação fática, não sendo, assim, induzida a erro. 4- Deram provimento ao recurso.²⁶⁶

A solução jurídica conferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça é irretocável. Em sendo o erro elementar típica, o fato de o ofendido ter disposto de seu patrimônio a partir de circunstâncias que já eram de seu conhecimento antes da conduta do agente desfaz qualquer possibilidade de adequação típica, por absoluta falta de correspondência entre a hipótese concreta e a previsão legal. Superada a análise de decisões que compunham a amostra, serão a seguir lançadas as bases para aprofundamento do estelionato contratual na praxe judicial.

5.3 MEIOS DE INFILTRAÇÃO DA CATEGORIA NA CULTURA JUDICIAL

5.3.1 Breve histórico das ideias de vinculação da decisão do juiz criminal

A observação atenta da amostra colhida de acórdãos dos tribunais brasileiros confirma uma hipótese que norteia a presente pesquisa, ao fornecer suficientes demonstrações que há graves problemas interpretativos na temática do estelionato, em especial naquele que se optou por denominar contratual. Em especial, nos eventos limítrofes, averiguou-se que ocorre exatamente o que se especulava quando se iniciou a investigação que lastreia esta tese: há casos que deveriam ser considerados meros ilícitos civis e são considerados crimes; por outro lado, há casos que deveriam ser considerados ilícitos criminais e são relegados à seara civil. Não obstante, a verificação do acerto de uma das premissas centrais tornaria este trabalho deveras cartesiano, a correr o risco de se tornar construção com valia meramente academicista.

Certamente interessa ao estudioso da temática que sejam esboçados alguns horizontes de resolução harmônica entre os diferentes órgãos julgadores do país, a

²⁶⁶ RHC 21.437/MG, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 315.

partir da adoção de parâmetros razoavelmente uniformes. DWORKIN²⁶⁷ alerta para a necessidade de soluções judiciais congruentes, tomando-se por base casos análogos, ainda que estes sejam cotejados com aqueles que o autor denomina de casos difíceis – aqueles nos quais a interpretação mais adequada não está suficientemente orientada pelos princípios e regras atinentes à situação fática²⁶⁸.

Embora o chamado protagonismo ou ativismo judicial seja epicentro de inúmeros debates atualmente na comunidade jurídica, a questão da previsibilidade da interpretação judicial, ou, de outra forma, da segurança jurídica na jurisdição, não é em absoluto nova. Desde o Iluminismo, existe uma indagação sobre o papel do juiz na sedimentação do Estado, instada especialmente pela perspectiva da tripartição de poderes. As concepções de um julgador que fosse uma máquina de silogismos remontam a este período histórico, especialmente pela demanda, após a derrocada do *Ancien Régime*, do poder Judiciário como um poder neutro, subalterno ao legislador e às leis. Pois é neste preciso momento histórico que MONTESQUIEU²⁶⁹ idealiza o magistrado como a *bouche de la loi*, isto é, o Judiciário era percebido como mero prolongamento do Legislativo, subordinado à Lei.

Cumprasse assinalar que esta visão de mundo era extremamente compatível com o ideário iluminista: em um contexto em que a classe emergente pretendia a limitação dos desmandos da classe que detinha o poder político, nada mais natural que conter a possibilidade de abusos de poder pelos juízes, evitando-se acrobacias hermenêuticas que

²⁶⁷ O autor realiza uma interconexão entre a finalidade da norma e seus princípios fundantes, afirmando a necessidade de coerência de interpretações – embora seja categórico ao rechaçar a unicidade da resposta correta nos casos difíceis: “O primeiro é a ideia de ‘intenção’ ou ‘propósito’ de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da ideia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos foram criados por uma lei específica. O segundo é o conceito de princípios que ‘subjazem’ às regras positivas do direito, ou que nelas estão ‘inscritos’. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.)

²⁶⁸ MacCORMICK afirma que a segurança jurídica consiste em um dos meios a assegurar a cidadania de um povo: “*There cannot be a Rule of Law without rules of law. These may take the form of provisions in treaties or on constitutional texts or in acts of legislation or in judicial precedents. Values like legal certainty and legal security can be realized only to the extent that a state is governed according to pre-announced rules that are clear and intelligible in themselves. They must also form part of a legal system characterized by consistency among its many rules, and by a certain overall coherence of principle in the system as a whole. So rules alone are not enough in themselves. From a moral point of view, legal certainty and legal security are of considerable value because of the quality of life they facilitate for citizens, in the ways mentioned a moment ago*”. (MacCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 12.)

²⁶⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

objetivassem violar a intenção democrática cristalizada pelas normas emanadas do Parlamento. É por esse particular motivo que BECCARIA²⁷⁰ assevera que os juízes criminais não teriam o direito de interpretar leis, por não serem legisladores; o autor arremata este pensamento recordando que a produção legislativa provém da sociedade viva, função que não poderia ser usurpada pelo magistrado.

A imagem que MANES²⁷¹ produz a respeito do juiz ideal do Iluminismo é bastante eloquente: para os pensadores do período, o magistrado seria um executor testamentário da vontade legislativa. Esta análise é bastante perspicaz, pois demonstra que o paradigma iluminista do Direito, e não apenas daquele que o aplica, é de um sistema estático e imutável, cuja intenção criadora deve ser observada estritamente.

Tal visão do papel do aplicador é majoritária até que os trabalhos de KELSEN acenem para a importância da norma fundamental – e da respectiva Corte constitucional – para o circuito interpretativo. KELSEN segue pensando o juiz submetido à lei, mas esta lei deverá passar pelo crivo de constitucionalidade de um órgão específico. Com o pós-guerra e os movimentos constitucionalistas, ocorre a superação do modelo de juiz autômato de silogismos.

Consoante leciona MANES²⁷², foram de extrema importância os aportes da teoria constitucional (em suas diversas vertentes) ao trabalho do juiz penal. Mormente em países cujos códigos penais foram editados em períodos autocráticos, situação que ocorreu tanto na Itália quanto no Brasil, não há como pensar no sistema penal atual sem as importantes reflexões ocasionadas pelos desdobramentos da teoria do bem jurídico, pela aplicação da teoria dos princípios, em especial da proporcionalidade e da ofensividade, entre outros. O entrecruzamento de tais abordagens com as regras

²⁷⁰ BECCARIA, *op.cit.*, p. 35.

²⁷¹ MANES, Vittorio. *Il ruolo 'poliedrico' del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*. in: Cassazione penale, LIV, nº 5, maio de 2014. Giuffrè: Milão, 2014.

²⁷² *Idem, ibidem*. Não obstante reconheça o valor da flexibilização interpretativa, o autor adverte para o crescimento exasperado da atuação judicial, apontando para “(...) i casi evidenziati tramandano già il rischio di un ‘dominio dell’interpretazione sulla dogmatica’ e di una ‘giurisprudenza legislativa’ – con ulteriore passaggio da una ‘giurisprudenza dogmaticamente orientata’ ad una ‘dogmatica giudizialmente orientata’ –, e manifestano fluttuazioni giurisprudenziali al cospetto delle quali si fa più urgente la necessità di introdurre strumenti ‘sistematici’ di garanzia (come il prospective overruling), non essendo più gestibile il fenomeno mediante il ricorso al solo ‘estremo rimedio’ offerto dall’error iuris inevitabile’ ex art. 5 c.p., né sembrando prudente affidarlo alla volubile affermazione (ancora una volta) giurisprudenziale – che pur va affiorando in sede di legittimità – dell’irretroattività dell’overruling sfavorevole”.

vigentes foi essencial para garantir que o padrão repressivista de tais codificações fosse mitigado pelos operadores judiciais.

Porém, observa-se atualmente uma atividade criativa exasperada pelos juízes, os quais lançam interpretações a partir das teorias hermenêuticas mais variadas – quando estão embasados por alguma –, ocasionando discrepâncias nas abordagens jurídicas diametralmente opostas. Sob o dogma da independência judicial, permitem-se interpretações absolutamente aleatórias, cujos encaminhamentos dependerão do órgão ao qual o expediente for distribuído. Verifica-se ainda uma sistemática atuação do Judiciário como suplente do legislador – nas disciplinas extrapenais. Com perspicácia, MANES²⁷³ pondera que o momento atual é de transição da *jurisprudência legislativa* para a *dogmática judicialmente orientada*.

Isso significa que os magistrados deixam de preocupar-se com o arcabouço normativo, bem como com os vetores interpretativos emanados dos textos dogmáticos para criar sua singular forma²⁷⁴ de concretização do Direito. Por sua vez, a doutrina possui alguma culpa neste fenômeno, quando grassam duas vertentes: textos jurídicos meramente descritivos das oscilações jurisprudenciais e trabalhos que ignoram a possibilidade de diálogo com a *práxis*. Realizado o diagnóstico, são detalhadas a seguir algumas possibilidades que a filosofia do Direito aprofunda para lidar com o cenário.

5.3.2 Contributos de filosofia e teoria do Direito para o entranhamento da categoria na praxe judicial brasileira

Há um jurista que produz sobre teoria do Direito que possui contributos relevantes para as finalidades almejadas por esta tese: Neil MacCORMICK²⁷⁵. O autor

²⁷³ MANES, Vittorio, *Il ruolo del giudice...*, p. 1944.

²⁷⁴ Exemplo patológico desta soberba autossuficiente encontra-se em trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual o Ministro Relator pontifica: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”. (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889-AL, julgado em 14.08.2002)

²⁷⁵ MacCORMICK, *op.cit.*, p. 199.

toma como pressuposto a análise do sistema judicial escocês, o qual conjuga características do *civil law* e do *common law*, e explana que, a partir de sua visão de coerência na tarefa de julgar, há um caminho lógico bipartido a ser seguido pelos juízes. Este trabalho começa no levantamento de todos os princípios e valores que são atinentes ao conjunto de fontes jurídicas do caso: regras e julgados que tratem do tópico no respectivo campo do Direito. A partir disto, é elaborada a decisão, em parte fundada no material já existente, em parte construída do novo em consonância com os cânones gerais do ramo jurídico pertinente, harmônica com os preceitos subjacentes. Consoante o prisma do autor, as regras são veículos de concretização e determinação dos princípios, as quais conferirão a estes efetividade jurídica.

Interessante ressaltar que MacCORMICK²⁷⁶, a partir do pressuposto do sistema misto da Escócia, considera muito próximos os trabalhos interpretativos dos juízes, seja no sistema de precedentes, seja no sistema legal romano-germânico. Segundo o autor, o raciocínio de comparação entre casos é muito similar ao raciocínio de subsunção do caso concreto à norma escrita, pois é norteado pela analogia. O jurista escocês ainda pondera que é fundamental para a inteligência humana a consciência de padrões e a compatibilidade entre tais padrões. Em razão disso, o autor reputa muito importante o cunho narrativo dos casos jurídicos, porquanto a partir do encadeamento fático será possível reconhecer os padrões repetitivos que permitirão o desenvolvimento de generalizações abstratas para abarcar situações diversas – ou a incidência de tais generalizações abstratas –, a partir do pensamento analógico.

Salienta-se, ainda a partir da lição MacCORMICK²⁷⁷, a significância dos processos epistemológicos de descoberta e de justificação. Quando o sujeito depara-se com um problema jurídico, há uma busca pela resposta mais adequada a ele; este é o processo de descoberta. Após encontrar uma solução jurídica para este problema, o sujeito tentará confrontar tal hipótese com outras possíveis, a fim de verificar o acerto de seu pensamento; este é o processo de justificação. Quando o problema do sujeito versar sobre classificação jurídica – v.g. um tipo penal – o raciocínio analógico²⁷⁸ estará

²⁷⁶ MacCORMICK, *op.cit.*, p. 208.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 213.

²⁷⁸ Alerta-se que o raciocínio analógico aqui mencionado é simplesmente o exercício mental de enquadrar o evento concreto à norma, muito diferente portanto da interpretação analógica, que termina por provocar uma abertura excessiva na abrangência da norma e, na seara penal, é vedada a não ser que seja realizada em favor do réu. Evidentemente não se defende aqui um atropelo ao postulado da legalidade; a interpretação legal em matéria penal deve ser a mais restritiva possível.

centrado nos elementos centrais da categoria, de maneira a averiguar se há correspondência entre o contexto fático e a classificação ao qual será subsumido.

Também na tradição filosófica anglo-saxã, DWORKIN²⁷⁹ delinea o conceito de integridade no Direito, segundo o qual deverá haver certa congruência na aplicação das categorias jurídicas. Afirmo o autor que juízes que aceitam o ideal imperativo de integridade decidem casos difíceis tentando encontrar coerência em alguns conjuntos de princípios sobre direitos e deveres dos cidadãos, buscando construir a melhor interpretação da estrutura política e doutrina jurídica de sua comunidade. Analiticamente, há utilidade em distinguir diferentes dimensões ou aspectos de qualquer teoria de trabalho, o que incluirá convicções sobre justificação e oportunidade.

Para DWORKIN²⁸⁰, a ideia de integridade norteia a interpretação do Direito, a ponto de refutar qualquer teoria que restringisse a autoridade da competência legislativa. Portanto, a integridade é o limiar a restringir o papel que as convicções pessoais dos juízes podem operar em suas decisões. Ele afirma que diferentes juízes estabelecerão este limiar de maneira diversa, Mas qualquer um que aceite o Direito como integridade deve aceitar que a real história política de sua comunidade servirá como um sistema de checagem e contrabalanço de convicções políticas do julgamento interpretativo em geral.

DWORKIN²⁸¹ explana neste tópico sua metáfora do juiz Hércules, isto é, um julgador mítico que disporia de todo tempo e conhecimento do mundo jurídico. Ciente de que sua metáfora possui um caráter demasiado abstrato, o autor explica que o juiz de carne e osso pode aproximar-se do julgador heroico, ao entender a finalidade de sua interpretação e aproximá-la do mesmo conjunto de princípios e regras aplicáveis ao caso concreto, de acordo com o ramo do Direito envolvido. Há, portanto, um cunho

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Nova Delhi: Universal Law Publishing, 2002. p. 255.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 256.

²⁸¹ DWORKIN pontua o trabalho construtivo do intérprete: “*Law as integrity, then, requires a judge to test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form a part of a coherent theory justifying the network as a whole. No actual judge could compose anything approaching a full interpretation of all of his community's law at once. That is why we are imagining a Herculean judge of superhuman talents and endless time. But an actual judge can imitate Hercules in a limited way. He can allow the scope of his interpretation to fan out from the cases immediately in point to cases in the same general area or department of law, and then still farther, so far as this seem promising. In practice even this limited process will be largely unconscious: an experienced judge will have a sufficient sense of the terrain surrounding his immediate problem to know instinctively which interpretation of a small set of cases would survive if the range it must fit were expanded*”. (DWORKIN. *Law's empire*, p. 245.)

construtivo na interpretação, o qual será estruturado pela compreensão dos princípios políticos que emanam da coletividade personificada.

HART elabora o conceito de textura aberta do Direito, que consistiria em áreas de condução em que a produção jurídica é incumbida aos tribunais, os quais vão definir os conceitos a partir de interesses que conflitam, à luz do caso concreto, nos quais haverá pesos diferentes em cada elemento que compõe os conceitos linguísticos usados pelo texto legal. A partir da visão do autor, a vida do Direito consiste na aplicação de vetores que orientarão os indivíduos de acordo com padrões preestabelecidos, o qual evitará a criação de critérios novos caso a caso.

Quando fala-se de algumas categorias jurídicas, há situações que nitidamente as configuram, e, em contrapartida, há situações em que tais categorias não estão caracterizadas. Os casos difíceis, de acordo com o ponto de vista de HART, seriam aqueles que se localizam na penumbra entre os dois opostos. A fim de compatibilizar esta teoria com a temática aqui examinada, pois sua utilização parece extremamente oportuna à espécie, a ideia de textura aberta poderia ser implementada aos casos de fraude contratual, nos eventos que representam um limiar entre as modalidades.

De todos estes importantes juristas que dedicaram-se à Teoria do Direito, extraem-se algumas ideias comuns. Por exemplo, não há mais como pensar na interpretação judicial como faziam os iluministas, ao pretender que o julgador fosse uma máquina de silogismos. A interpretação possuirá inexorável caráter subjetivo, pois o Direito é criado pelo uso que o julgador faz da norma vigente; ele não possui um caráter estático e não há como tornar o juiz um executor testamentário dos princípios e regras. Isso não é possível, tampouco desejável.

Por outro lado, embora seja reconhecido o caráter subjetivo da decisão judicial, isso não significa que cada magistrado possa dizer o Direito de acordo com seus caprichos, de modo absolutamente arbitrário. Há uma objetividade dentro da interpretação subjetiva: os posicionamentos hermenêuticos podem ser considerados harmônicos ou coerentes em relação ao ordenamento jurídico, a partir de determinada situação fática. De acordo com LEITER²⁸², em estudo sobre objetividade jurídica, os juízes, ao decidirem casos, devem consultar e interpretar as fontes legais significativas

²⁸² LEITER, Brian. Law and objectivity. in: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 979.

(leis, jurisprudência, costume etc.) a fim de decidir sobre as normas que incidirão sobre o caso concreto, e também como estas incidirão sobre os fatos do caso a ser apurado. O autor denomina de *classe de razões legais* os argumentos que os juízes podem legitimamente invocar e considerar ao examinar uma questão jurídica. A partir do cunho de determinação racional do Direito, haveria uma classe de razões legais a sustentar uma singular resposta para determinado problema. O autor conclui este raciocínio afirmando que a objetividade jurídica possui duas facetas: (i) *metafísica*, no sentido que existiriam respostas corretas em matéria de Direito; (ii) *epistêmica*, querendo significar que os mecanismos para verificar as soluções aplicáveis ao caso estão livres de fatores de distorção, que obscureceriam as respostas corretas.

O espectro da pluralidade impede crer que haja apenas uma resposta correta para o caso, portanto não se advoga aqui uma objetividade metafísica do Direito. De outra sorte, é um equívoco incorrer no sincretismo, isto é, aceitar que toda interpretação realizada por um julgador deve ser considerada correta. Assim, a objetividade epistêmica deve servir como esteio para a identificação daquelas decisões que violam a integridade do sistema, em razão de sua incongruência.

A partir da fundamentação teórica apresentada, parte-se para a implementação destes argumentos na temática que lastreia presente tese. A proposta de HART parece bastante adequada para o objetivo pretendido, qual seja, de fornecer caminhos interpretativos para o aplicador decidir com segurança nos casos de penumbra entre as ilicitudes civil e criminal. Para tanto, pode-se conjugar o modelo de textura aberta com a tensão dialética entre um evento nítido de estelionato e outro de flagrante ilícito somente contratual.

Os casos de estelionato contratual estarão situados na zona intermediária entre os dois marcos conceituais estabelecidos. Uma questão essencial é a maneira de municiar o intérprete com os critérios suficientes para que sua resposta possa ser considerada epistemicamente objetiva, no dizer de LEITER. Se o encaminhamento será ou não pela subsunção da conduta à norma é menos importante do que o caminho lógico trilhado pelo julgador.

Com efeito, para bem julgar uma fraude e realizar a opção de enquadrá-la na seara civil ou criminal, porquanto a situação fática encontra-se na zona cinzenta

conceitual, devem ser considerados todos os aspectos conformadores do estelionato contratual para adequar ou excluir a ação da figura incriminadora. Um dos primeiros elementos, bastante aprofundado em capítulo próprio, é o propósito prévio ao negócio jurídico de provocar erro no sujeito passivo, ou, dito de outro modo, o **dolo antecedente**. Esta é uma característica fundamental para que se distancie o ilícito negocial do estelionato. Caso o elemento subjetivo não esteja claramente corporificado, será uma hipótese de inadimplemento irrelevante para o Direito Penal.

Outra circunstância que deve ancorar a aplicação da categoria é a aptidão do engano empregado pelo sujeito ativo, isto é, a partir da lógica restritiva adotada por esta investigação, a idoneidade do meio – artifício ou ardil – que afetou a liberdade de disposição da vítima há de ser aferida por meio de um juízo *ex ante*. Isto significa que não bastará o resultado danoso para aferir a ofensividade do engano; o julgador deve apreciá-lo isoladamente, considerando a capacidade que o sujeito passivo possuiria de questionar a veracidade das informações, ou, em outras palavras, sua possibilidade de autodefesa. Não condiz com uma perspectiva *extrema ratio* de Direito Penal a proteção paternalista daquele que resolve se autocolocar em perigo, acreditando em promessas fantasiosas ou dispondo de seu patrimônio em um contexto nebuloso.

Ainda, em matéria contratual, o cânone da boa-fé objetiva será bastante valioso para auxiliar o magistrado a identificar os deveres acessórios que incidiriam na espécie contratual. Especialmente no que tange aos deveres informativos, de suma importância para o estudo do estelionato, o aplicador dessumirá destes deveres a eventual violação provocada pelo agente, por exemplo, na já abordada questão do silêncio como ardil.

Cumprasse assinalar ainda que o paradigma do Direito Penal mínimo, aliado à perspectiva vitimodogmática assumida, exorta a trazer para a esfera jurídico-criminal apenas situações que preenchem com razoável grau de certeza os pressupostos dogmáticos do conceito examinado. Em caso de dúvida sobre a correspondência do evento concreto ao modelo normativo, esta se resolverá sempre pela não subsunção do tipo legal.

Por fim, para que a modalidade negocial do estelionato possa efetivamente se capilarizar nas Cortes do país e auxiliar a interpretação do delito em comento, deve ocorrer, além da estruturação de parâmetros hermenêuticos e modelos teóricos, uma

intensificação das interconexões entre a academia e aqueles que aplicam o Direito. No dizer de ÁVILA²⁸³:

Uma doutrina que interpreta sem estrutura e que não atenta às estruturas daquilo que interpreta não tem como exercer adequadamente o seu papel de orientar a interpretação e aplicação do Direito, seja pela organização, atualização e explicação das fontes normativas, seja pela apresentação de critérios de interpretação, qualificação, relevância e prova. Uma doutrina sem vértebras, tal como um animal, não tem como andar, muito menos fazer o Direito andar. O Direito não se realiza por proclamação nem por apologia dos seus princípios, mas por modelos operacionais ou estruturas teóricas que lhe atribuam densidade normativa capaz de ordenar a conduta e limitar o exercício do poder.

Usualmente critica-se os operadores jurídicos que em sua atividade nos tribunais pautam-se por rechaçar quaisquer aportes provenientes da academia. Todavia, não basta criticá-los e satisfazer-se com o encastelamento dos debates doutrinários na própria arena acadêmica, produzindo um discurso autorreferenciado. A produção dogmática deve sempre visar a ordenar a prática do Direito, tornando-se capaz de sua própria implementação por aqueles que o concretizam no cotidiano. Oportuno também o alerta de MARTINS-COSTA²⁸⁴:

O mister doutrinário não é apenas o de explicitar o direito positivado, esclarecendo o significado dos textos, mas, justamente, o de construir soluções jurídicas úteis à prática, possibilitando resolver os problemas da humana convivência.

(...)

À doutrina (assim mesmo, no singular, em sinédoque) é atribuída a *auctoritas* como *autoridade epistemológica*, autoridade originada não de um poder político (*imperium*), não de um mandato divino, mas de uma *respeitabilidade intelectual*, reconhecendo-se, ao menos como ponto de partida, que o doutrinador, por ser quem é intelectualmente, possa emitir opiniões confiáveis ou oferecer soluções provavelmente plausíveis. Obras doutrinárias são, portanto, aquelas dotadas de *autoridade explicativa* e *valor de orientação*.

Não basta criticar os operadores cotidianos se não se pensa em dirigir a produção dogmática para resolução de problemas empíricos. Caso estes círculos, tribunais e universidades, não estejam dispostos a permitir interpenetrações de anseios, ideias e propostas respectivas, de nada adiantará o desenvolvimento teórico de categorias jurídicas, pois estas estarão fadadas a viver no limbo da abstração.

²⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. in: *Conversa sobre a interpretação no Direito. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale*. Cadernos para Debates do Instituto de Estudos Culturalistas nº 4. Canela, 2011. p. 129.

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Autoridade e utilidade da doutrina...*, p. 14.

6 CONCLUSÃO

1. O estudo dos elementos dogmáticos do estelionato é um dos assuntos mais complexos na temática dos delitos patrimoniais.
2. O estelionato existe no sistema penal brasileiro desde os tempos de Brasil-colônia, em razão de sua proscrição nas ordenações filipinas.
3. O estelionato, de acordo com sua concepção no art. 171 do Código Penal, é um polinômio, que se estrutura no engano criador de um estado de representação psíquica equivocada, o qual provoca um ato disposição, vinculado a um benefício econômico para o agente e um prejuízo para o ofendido.
4. O modelo de estelionato do Código Penal de 1890 possuía clara inspiração no delito de *escroquerie*, do Código Penal Napoleônico, ao passo que o modelo vigente possui inspiração no Código Rocco.
5. O estelionato contratual difere do convencional quanto ao meio: o contrato celebrado entre vítima e agente instrumentaliza o embuste. Na espécie, o dolo de enganar já está presente desde as primeiras etapas do negócio jurídico.
6. O conceito penal de patrimônio evoluiu erigindo o estelionato como seu paradigma para distinguir propriedade, posse e patrimônio.
7. O Direito Penal não pode apenas sancionar o conceito de patrimônio que o Direito Privado estabelece, devendo escolher uma concepção própria para interpretar.
8. BINDING é o primeiro a estabelecer um conceito jurídico de patrimônio direcionado ao Direito Penal, vinculada à soma de direitos e deveres patrimoniais do indivíduo.
9. O conceito jurídico de patrimônio é seguido pelo conceito econômico, segundo o qual deve ser considerado o conjunto de bens com valor monetário de uma pessoa.

10. O conceito misto de patrimônio conjuga concepções do conceito jurídico com o conceito econômico e é a mais aceita dentre as construções dogmáticas, pois alia aos direitos e deveres o valor econômico dos bens.
11. O estelionato convencional tem como bem jurídico o patrimônio, mas também é responsável por tutelar o princípio da confiança nas relações humanas, que é violado sempre que ocorre uma fraude.
12. A concepção de estelionato como delito pluriofensivo atende integralmente às finalidades da norma incriminadora, não representando nenhuma amplificação de seu escopo que pudesse violar o princípio da legalidade.
13. O bem jurídico confiança é um facilitador das relações sociais, na medida em que caracteriza-se pela expectativa fundada que os contraentes em dada transação comportar-se-ão de acordo com suas obrigações assumidas contratualmente.
14. A idoneidade do artifício ou ardil deve ser aferida pelo julgador em juízo *ex ante*, opção mais consentânea com um paradigma vitimodogmático de limitação punitiva.
15. O erro consiste em uma criação mental positiva, falsa representação da realidade que induz o ofendido à disposição patrimonial. Caso deseje-se avaliar o peso do erro na decisão do sujeito passivo, basta verificar se o negócio seria celebrado da mesma forma caso a representação distorcida não estivesse presente.
16. Não há diferença ontológica entre fraude civil e penal, não obstante vários autores já tenham tentado encontrar uma forma de distingui-las *ab initio*.
17. A torpeza dúplice de ofendido e ofensor não descaracteriza o delito. A partir de uma releitura vitimodogmática da chamada torpeza bilateral, pode-se conceber a punição apenas na forma tentada do delito, a partir do questionamento sobre a idoneidade do meio.
18. O contrato na sociedade atual toma grande vulto como fonte de pretensões coativamente garantidas.

19. Por vezes o dolo criminal se confundirá com o dolo segundo a acepção civil; todavia, sempre ocorrerá antes da formação completa do contrato. Será prévio ou concomitante à celebração do negócio jurídico.

20. O poder criativo da autonomia da vontade, que vincula-se intimamente à livre iniciativa econômica, é ameaçado pela conduta do estelionato contratual.

21. A boa-fé objetiva é o grande macroprecepto da teoria dos contratos, que servirá ao magistrado criminal a fim de realizar uma triagem dos deveres acessórios incidentes sobre a espécie.

22. Em razão do caráter eminentemente linguístico do contrato, os deveres informativos exercerão papel fundamental para apurar as responsabilidades de cada um dos contraentes.

23. A categoria estelionato contratual é apenas uma especificação dogmática, independentemente de reforma legislativa para que seja incorporada ao sistema.

24. O negócio civil criminalizado na Espanha e a truffa contrattuale na Itália são estribos aplicativos bastante interessantes para a conformação da modalidade no Direito Penal brasileiro.

25. Se na faceta convencional do estelionato a confiança já poderia ser objeto de proteção, no estelionato contratual seu peso ainda é maior, em razão da expectativa que os sujeitos depositam no cumprimento do acordado pela contraparte.

26. O dolo do estelionato contratual é o propósito de enganar a contraparte, promovendo seu engano para com isso obter benefício econômico indevido. Portanto, no elemento subjetivo conjugam-se *animus decipiendi e nocendi*.

27. Os dados colhidos dos tribunais brasileiros demonstram que há muitos equívocos na interpretação do estelionato contratual, confirmando a hipótese investigativa. Por vezes os resultados dos julgamentos são corretos, entretanto são realizados com fundamentações equivocadas.

28. As abordagens da teoria do Direito e da filosofia política apontam para a necessidade de coerência e integridade do sistema, o que não significa que haverá uma singular resposta correta, mas sim um encaminhamento lógico possível.

29. A proposta de HART sobre a textura aberta do Direito, na qual os aplicadores construirão os casos difíceis comparando-os com os modelos preexistentes adequa-se perfeitamente ao caso do estelionato contratual, no qual os requisitos identificadores serão utilizados a fim de pavimentar a decisão mais harmônica possível com o sistema.

30. É necessário resgatar o papel da doutrina enquanto orientadora da interpretação jurídica, com vistas a permitir o permanente diálogo entre a academia e os tribunais.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. 11.ed. Milão: Giuffrè, 1989.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: *Conversa sobre a interpretação no Direito. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale*. Cadernos para Debates do Instituto de Estudos Culturalistas. nº 4: Canela, 2011.

AZEVEDO, Aluísio. *O touro negro*. São Paulo: Martins, 1961.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado - Com remissões ao novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: Plano da validade*. 5.ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

_____. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

_____. *Teoria generale delle obbligazioni*. v. 1. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5.ed. São Paulo: Atual, 1951.

BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer teil. Erster Band. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Über das erfoderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der

Ehrenkränking. In: *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle*, 1834.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial 3*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

CANESTRARI, Stefano; GAMBERINI, Alessandro; INSOLERA, Gaetano; *Et alli*. *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*. 4.ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2006.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: Almedina, 1994.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Estelionato e ilícito civil. *Revista Síntese*, Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 67, abr/mai 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contrativas e extracontrativas*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DURIGATO, Laurretta. *Rilievi sul reato plurioffensivo*. Pádua: CEDAM, 1972.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Law's empire*. Nova Delhi: Universal Law Publishing, 2002.

FANELLI, Andrea. *La truffa*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2009.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade o controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law. Harm to self*. v. III. Nova York: Oxford University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Machino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale parte speciale. I delitti contro il patrimonio*. 5.ed. v.II. Bologna: Zanichelli, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREDERICO MARQUES, José. Estelionato: licitude civil e ilicitude penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, Volume 560, Ano 71, jun./1982.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. Fraudes en el mercado de valores. In: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, RT, v. 45, p. 141-152.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. XII. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *Comentários ao Código Penal*. v. VII. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1934.

JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*. 8 Auflage. München: C. H. Beck, 2009.

LEITER, Brian. Law and objectivity. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Nova York, Oxford University Press, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003.

_____. *Direito Civil - Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MacCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*. Nova York: Oxford University Press, 2005.

MANCI, Filippo. *La truffa nel codice penale italiano*. Turim: Fratelli Bocca, 1930.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel Diritto Penale*. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

_____. *Il ruolo 'poliedrico' del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*. In: Cassazione penale, LIV, nº 5, maio de 2014. Giuffrè: Milão, 2014.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*. 4.ed. CEDAM: Pádua, 2012.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. vol. 9. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952.

MARINI, Giuliano. *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*. Milão: A. Giuffrè, 1970.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith *et ali. Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo accidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, ano 101. vol. 923. Set./2012.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

MILGROM, Paul R., NORTH, Douglass C. e WEINGAST, Barry R. The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs. *Economics and Politics*, vol. 2, n. 1, pp. 1-23.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*. 3. ed. Frankfurt: Metzner, 1980.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil - estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

_____. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

_____. *La determinación del engaño típico em el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PEDRAZZI, Cesare. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milão: Giuffrè, 1955.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. vol. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general*. Teoría jurídica del delito. vol. I, t. II. Barcelona: Bosch, 2000.

REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 752, p.28, jun./1998.

REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; REALE FERRARI, Eduardo. *Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa e direito penal. In: Miguel Reale; Miguel Reale Júnior; Eduardo Reale Ferrari. (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Orgs.). *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: ARS IUDICANDI* 91. AD HONOREM - 3. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. V. II: Direito Privado, Coimbra, p. 667-732, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte geral*. v.1. 34.ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2013.

SAMMARCO, Giorgio. *La truffa contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Auflage*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983.

SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. *La víctima en el sistema penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. v. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SPOLANSKY, Norberto E. *La estafa y el silencio*. Buenos Aires: Editorial Jorge Alvarez, 1967.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. trad. Rosa del Olmo. Madri: La Piqueta, 1999.

TEIXEIRA, Anderson. A torpeza bilateral como elemento desconstituído do fato típico no delito de estelionato. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº 395, setembro de 2010.

THOMPSON FLORES, Paulo R. M. *Direito Civil. Parte Geral*. Das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

TREVES, Renato, *Sociologia do Direito. Origens, pesquisas e problemas*. trad. Marcelo Brachini. Barueri: Manole, 2004.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O Silêncio na Formação dos Contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 1992.

VÉRON, Michel. *Droit pénal spécial*. 8ª ed. Paris: Armand Colin, 2001.

VOGEL, Joachim. *Estafa en la UE*.

WALD, Arnaldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 3-10, jan./mar. 2004.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora. Fondo de Cultura Económica: México, 2002.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANNOTTI, Roberto. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* - v.1: parte geral. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Décio. Análise econômica dos contratos. In: GORGA, Érica e PELA, Juliana Krueger. *Estudos avançados de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.