

**JOSÉ ROBERTO MACRI JÚNIOR**

**O engano típico no estelionato**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2022**

**JOSÉ ROBERTO MACRI JÚNIOR**

**O engano típico no estelionato**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Associado Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2022**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

MACRI JÚNIOR, José Roberto

O engano típico no estelionato ; José Roberto Macri Júnior ; orientador Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez -- São Paulo, 2022.

278 f.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Direito penal. 2. Estelionato. 3. Engano típico. I. Rodríguez, Víctor Gabriel de Oliveira, orient. II. Título

---

**JOSÉ ROBERTO MACRI JÚNIOR**

**O ENGANO TÍPICO NO ESTELIONATO**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Associado Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Professor Associado Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**3º Examinador:** \_\_\_\_\_

**4º Examinador:** \_\_\_\_\_

**5º Examinador:** \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Víctor Gabriel Rodríguez, pelo apoio durante o processo de orientação, pelas aulas, pelas discussões e por todas as oportunidades.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelas oportunidades de aprendizagem, ensino e formação acadêmica durante os últimos 11 anos.

Aos meus pais, irmã e amigos, pelo estímulo, pela paciência e pela confiança durante o processo de elaboração do presente trabalho.

MACRI JÚNIOR, José Roberto. **O engano típico no estelionato**. 2022. 278 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

## RESUMO

Este trabalho tem como finalidade encontrar os critérios para a delimitação do alcance do tipo penal de estelionato. Após uma abordagem do conceito mais amplo de criminalidade de fraude, será feita uma revisão das teorias que buscavam distinguir a fraude meramente civil da fraude penal. Na sequência, será proposta uma perspectiva de estudo dos elementos típicos do estelionato. O primeiro elemento a ser analisado será o prejuízo, visto que este é o referencial de risco típico do engano penalmente relevante. Assim, por meio da análise da evolução histórica do conceito de patrimônio, bem como, conseqüentemente, das limitações das concepções pretéritas, será adotado um conceito pessoal de patrimônio. A concepção pessoal revelar-se-á adequada, pois, ao admitir a possibilidade de graus de personalização, vincula o prejuízo à frustração de finalidades intersubjetivamente estabelecidas. Ao final, serão expostas diversas teorias que procuram restringir normativamente o conceito de engano típico, das quais a mais coerente com o conceito adotado de prejuízo será a dos deveres de veracidade, visto que estes variam em função das condições da disposição patrimonial.

Palavras-chave: fraude – estelionato – prejuízo patrimonial – engano típico

MACRI JÚNIOR, José Roberto. **The criminally relevant deceit in swindle**. 2022. 278 f. Thesis (Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

### **ABSTRACT**

This work aims to find the criteria for delimiting the scope of the swindle in criminal law. After an approach to the broader concept of the fraudulent crime, a review will be made of the theories that sought to distinguish merely civil fraud from criminal fraud. After that, a study perspective of the typical elements of swindle will be proposed. The first element to be analyzed will be the property loss, since this is the referential of typical risk of criminally relevant deceit. Thus, through the analysis of the historical evolution of the concept of property, as well as, consequently, the limitations of the previous conceptions, a personal concept of property will be adopted. The personal conception will reveal itself to be adequate because, by admitting the possibility of degrees of personalization, it links the property loss to the frustration of the intersubjectively established purposes. Finally, several theories will be exposed that seek to normatively restrict the concept of typical deceit, of which the most coherent with the adopted concept of damage will be that of the duties of veracity, since these vary according to the conditions of the disposition of property.

Keywords: fraud – swindle – property loss – typical deceit

MACRI JÚNIOR, José Roberto. **Il inganno tipico nella truffa.** 2022. 278 f. Tesi (Dottorato). Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2022.

### **RIASSUNTO**

Lo scopo di questo lavoro è quello di trovare i criteri per delimitare la portata del tipo di truffa. Dopo un approccio al concetto più ampio di criminalità della frode, si passerà in rassegna le teorie che hanno cercato di distinguere la frode puramente civile dalla frode penale. In seguito, verrà proposta una prospettiva di studio degli elementi tipici della truffa. Il primo elemento da analizzare sarà il danno patrimoniale, poiché questo è il referenziale del rischio tipico dell'inganno penalmente rilevante. Così, attraverso l'analisi dell'evoluzione storica del concetto di patrimonio e, di conseguenza, i limiti delle concezioni precedenti, si adotterà un concetto personale di patrimonio. Il concetto personale si rivelerà adeguato poiché, ammettendo la possibilità di gradi di personalizzazione, collega il danno alla frustrazione di scopi intersoggettivamente fissati. Alla fine, si esporranno diverse teorie che cercano di limitare normativamente il concetto di inganno tipico, di cui la più coerente con il concetto di danno adottato sarà quella dei doveri di veridicità, dato che questi variano secondo le condizioni della disposizione dei beni.

Parole chiave: frode – truffa – danno patrimoniale – inganno tipico



## Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
<b>CAPÍTULO I – CRIMINALIDADE DE FRAUDE: APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE FRAUDE PENAL.....</b>	<b>14</b>
1.1 Criminalidade de fraude.....	15
1.2 Estelionato, fraude e delitos econômicos.....	22
<b>CAPÍTULO II – FRAUDE CIVIL E FRAUDE PENAL .....</b>	<b>36</b>
2.1 Nota histórica.....	37
2.2 Tentativas de diferenciação .....	40
2.2.1 <i>Mise-en-scène</i> .....	41
2.2.2 Objeto do engano .....	44
2.2.3 Reparabilidade do dano .....	49
2.2.4 Comportamento da vítima .....	50
2.2.5 Critério subjetivo .....	53
2.3 A questão na doutrina nacional .....	55
2.4 Críticas .....	63
2.5 Critério da tipicidade.....	72
<b>CAPÍTULO III – O PREJUÍZO TÍPICO .....</b>	<b>74</b>
3.1 Bem jurídico tutelado .....	74
3.2 Estelionato como delito patrimonial.....	78
3.3 Outros bens tutelados? .....	83
3.4 Crime contra o patrimônio ou contra a propriedade? .....	84
3.5 Base normativa para a construção do conceito de patrimônio.....	87
3.5.1 Estelionato e negócio ilícito.....	90
3.5.2 Estelionato de coisa possuída ilegitimamente .....	99
3.6 Conceito jurídico de patrimônio .....	106
3.7 Conceito econômico de patrimônio.....	109
3.8 Concepção mista de patrimônio.....	113
3.8.1 Concepção objetivo-individual de dano.....	115
3.8.2 Frustração de finalidade .....	119
3.9 Conceito pessoal de patrimônio .....	123
3.9.1 Origens.....	124
3.9.2 Concepção pessoal de patrimônio e de prejuízo .....	125
3.9.3 Críticas e resposta às críticas.....	132

<b>3.9.4 Aproximação ao conceito de prejuízo</b> .....	137
<b>3.9.5 Dois grupos de casos</b> .....	142
<b>CAPÍTULO IV: O ERRO E O ENGANO TÍPICOS</b> .....	148
<b>4.1 Erro</b> .....	149
<b>4.1.1 A problemática do erro como ignorância</b> .....	150
<b>4.1.2 A problemática da configuração do erro em casos em que há dúvida por parte da vítima: a perspectiva vitimodogmática</b> .....	154
<b>4.2 Lineamentos de uma concepção de erro</b> .....	164
<b>4.3 Engano</b> .....	167
<b>4.3.1 Objeto do engano: fato ou juízo de valor?</b> .....	169
<b>4.3.2 Adequação do engano</b> .....	171
4.3.2.1 Adequação compreendida como aptidão.....	172
4.3.2.2 O engano socialmente adequado .....	175
<b>4.3.3 Caráter relacional do estelionato</b> .....	177
4.3.3.1 Estelionato como autoria mediata tipificada .....	178
4.3.3.2 Autorresponsabilidade da vítima .....	181
<b>4.3.4 Violação do direito à verdade</b> .....	190
4.3.4.1 O engano típico em Urs Kindhäuser .....	195
4.3.4.2 O engano típico em Nuria Pastor Muñoz .....	198
4.3.4.3 O engano típico em Wolfgang Frisch.....	205
4.3.4.4 O engano típico em Michael Pawlik .....	215
<b>4.4 Lineamentos de um conceito normativo de engano típico</b> .....	227
<b>CONCLUSÕES</b> .....	231
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	242

## INTRODUÇÃO

O estelionato é um delito bastante tradicional, cujas origens remontam ao direito romano. Seu histórico de séculos somado às diversas formas de sua manifestação – as quais, não se pode negar, constituem um indício da criatividade humana – não poderiam deixar de ter produzido uma quantidade imensa de material para estudo. Tal constatação, em um primeiro momento, parece sugerir que já não há o que se discutir sobre referido delito. Todavia, ao se começar a estudar o assunto com mais profundidade, verifica-se que o tema está muito longe de estar esgotado.

É possível traduzir na expressão “amplitude do tipo”, se não todas, as principais questões contemporaneamente debatidas na doutrina. Com efeito, a “amplitude” indica, por um lado, em uma vertente que se pode chamar de mais tradicional, a contínua procura pelas fronteiras do estelionato, seja por meio das tentativas de distinção entre a fraude civil e a fraude penal em uma interação negocial, seja por meio das variações do conceito de patrimônio e a consequente definição de em quais circunstâncias é possível identificar um prejuízo patrimonial. Por outro lado, em uma vertente mais contemporânea, a amplitude do estelionato manifesta-se na percepção de que, enquanto tipo basilar da fraude, a dogmática deste delito oferece enorme potencial para a compreensão de outras condutas fraudulentas tipificadas.

O presente trabalho insere-se na vertente tradicional, isto é, consiste em uma pesquisa acerca dos limites do tipo penal de estelionato. Todavia, este recorte procurou não ignorar a transcendência dogmática deste delito. Dessa forma, no primeiro capítulo, far-se-á uma aproximação ao conceito amplo de fraude. Inicialmente, será abordada a concepção de que, sendo entendida como uma forma de manifestação criminosa não violenta, a conduta fraudulenta seria a substituta da violência no fenômeno criminal. Pretende-se, em um segundo momento, delinear a ideia de criminalidade de fraude, bem como esboçar as conexões de natureza criminológica e, principalmente, dogmática entre o estelionato e os chamados delitos econômicos. Os objetivos centrais do capítulo são, por um lado, apresentar a abrangência da noção de fraude em sua vertente patrimonial, e, por outro, demonstrar a relevância do estudo da fraude em sua forma mais basilar: o estelionato.

No segundo capítulo, será abordada uma antiga questão doutrinária: a identidade ontológica entre fraude civil e fraude penal. Por mais de um século, os estudos acerca dos limites do alcance do tipo de estelionato desenvolveram-se a partir de tentativas de encontrar critérios que pudessem distinguir situações abarcadas pelo *dolus malus* do direito civil das hipóteses de fraudes relevantes desde a perspectiva jurídico-penal. Tais tentativas, conforme será apresentado, variavam desde perspectivas objetivas – como a teoria da *mise-en-scène*, segundo a qual o aspecto criminoso do engano depende do meio iludente – até teorias que buscavam na intenção do agente o elemento configurador do estelionato, passando por teorias intermediárias. Após a apresentação dessas teorias e de suas críticas, será proposta uma perspectiva mais recente: o delineamento do alcance do tipo de estelionato tratado como uma questão de tipicidade.

A análise dos elementos típicos do estelionato terá início no terceiro capítulo. O primeiro componente do tipo a ser analisado será o prejuízo patrimonial. Para tanto, será necessário delimitar o conceito de patrimônio para efeitos de tutela penal. Preliminarmente, contudo, deve-se discutir, em vista das conexões entre as normas civis e penais, qual a base normativa para a construção do referido conceito, bem como suas implicações. Após a superação destas questões prévias, apresentar-se-á a evolução dogmática do conceito de patrimônio, passando pelos conceitos jurídico, econômico, misto (com os critérios corretivos da concepção objetivo-individual de dano e da frustração da finalidade da disposição) e pessoal.

O quarto e último capítulo pode ser dividido em duas partes. Em um primeiro momento, serão abordados dois elementos do tipo de estelionato intrinsecamente conectados: o erro e o engano. O primeiro, tido como elemento de conexão entre o engano e a disposição patrimonial, é tradicionalmente concebido em termos psicológicos, como uma falsa representação da realidade. Serão abordados os grupos de casos que, segundo parte da doutrina, não seriam satisfatoriamente resolvidos por uma concepção psicológica de erro, a saber, os casos em que não há qualquer representação da realidade (*ignorantia facti*) e os casos em que há apenas uma representação de uma possibilidade, isto é, as situações em que há dúvida por parte da vítima acerca das condições da disposição patrimonial.

Em um segundo momento, o capítulo final tratará da questão da configuração do engano típico. Serão apresentadas as tentativas de restrição normativa do engano para fins de configuração de estelionato. Primeiramente, será estudado o recurso à ideia de fato,

segundo o qual o engano típico não pode recair sobre juízos de valor. Posteriormente, será debatido o critério de adequação, tanto no sentido de aptidão para provocar o erro, quanto no sentido de uma suposta adequação social do engano. Na sequência, serão analisadas as duas vertentes decorrentes do caráter relacional do engano, a saber, a compreensão do estelionato como uma autoria mediata tipificada, e os critérios de deveres de autoproteção da vítima. Por fim, serão estudadas as principais concepções acerca dos chamados deveres de veracidade, que mudam a perspectiva da causação do erro para o dever de evitá-lo. O trabalho será finalizado com uma proposta de delineamento de um conceito normativo de engano típico.

## CAPÍTULO I – CRIMINALIDADE DE FRAUDE: APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE FRAUDE PENAL

O conceito de fraude é bastante fluido. Podendo manifestar-se de infinitas formas e em diversos âmbitos da atuação humana, a fraude escapa a qualquer tentativa de definição precisa<sup>1</sup>. Uma primeira aproximação ao conceito indica que a fraude é a antítese da violência na manifestação do comportamento ilícito, visto que não se manifesta por meio da coação, da causalidade física<sup>2</sup>. Esta “definição” pelo negativo (fraude como ausência de violência) serve, contudo, no máximo para compreender o que não é uma conduta fraudulenta.

Para se identificar uma conduta fraudulenta, deve-se indicar, ainda que em termos genéricos, os traços característicos da fraude. Nesse sentido, costuma-se definir fraude como “uma consciente representação imprecisa da verdade ou a ocultação de um fato relevante para induzir alguém a agir em seu próprio prejuízo”<sup>3</sup>, ou a provocação de “uma falsa representação por meio de uma afirmação ou conduta feita conscientemente, ou de maneira imprudente, com intenção de obter vantagem material”<sup>4</sup>.

A fraude, dessa forma, manifesta-se como um vício nas interações humanas. Com efeito, a fraude é a circunstância que torna ilícita uma conduta que, se ausente o aspecto fraudulento, seria corriqueira. Desviando das vias ortodoxas, a conduta fraudulenta causa algum prejuízo que, em geral, converte-se em vantagem ilícita para o autor<sup>5</sup>. Esclareça-se que esta acepção ampla de fraude não se restringe a interações e transações de natureza patrimonial<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> BIGELOW, Melville M. Definition of fraud. *The law quarterly review*. n.ºXII, 1887, p.419. CROALL, Hazel. *Understanding white collar crime*. Buckingham: Open University Press, 2001, p.26.

<sup>2</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: Est. Graphico, 1932, p.13.

<sup>3</sup> GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 7.ed. Saint Paul: West Group, 1999, p.670.

<sup>4</sup> MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *A Dictionary of Law*. 5.ed. Oxford: Oxford university Press, 2001, p.211.

<sup>5</sup> DOIG, Alan. *Fraud*. Cullompton: Willan Publishing, 2006, pp.19-20.

<sup>6</sup> Nesse sentido: BERNAQUI JAUREGUY, Carlos Alberto. *El delito de estafa y sus principios doctrinarios*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1943, pp.480 e ss. ESTRICH, Susan. Rape. *The Yale Law Journal*. vol.95, n.6, 1986, *passim*. FALK, Patricia J. Rape by fraud and rape by coercion. *Brooklyn Law Review*. vol.64, n.1, 1998, pp.44 e ss. SYROTA, G. Rape: when does fraud vitiate consent? *Western Australian Law Review*. vol.25. 1995, pp.335 e ss.

No âmbito específico das fraudes patrimoniais, a criminalização da fraude funciona como uma restrição ou delimitação das liberdades patrimoniais do autor<sup>7</sup>. De fato, nem mesmo no mundo dos negócios, área da vida social marcada pelo caráter competitivo e pela importância da astúcia para obtenção de melhores resultados em termos pecuniários, admite-se um comportamento absolutamente desonesto de uma das partes negociantes<sup>8</sup>. Este trabalho estudará os limites da configuração da fraude patrimonial em sua manifestação mais básica, a saber, o estelionato. Contudo, antes de adentrar no tema, este capítulo pretende demonstrar a relevância do estudo da fraude para a compreensão de diversas figuras delitivas.

## 1.1 Criminalidade de fraude

“A violência é o último refúgio do incompetente”<sup>9</sup>. A frase de Isaac Asimov ilustra perfeitamente uma antiga opinião bastante comum nas ciências criminais: o desenvolvimento social traz em si elementos que forçam uma mudança da criminalidade. Concretamente, o progresso civilizatório faria com que os delitos violentos fossem substituídos pelos delitos fraudulentos. Dessa forma, os criminosos violentos seriam “retardatários” – ou incompetentes –, visto que não teriam se adaptado a uma nova realidade social.

A teoria da mudança do meio de manifestação da criminalidade tem algum fundamento histórico, como apontam as análises do período da primeira Revolução Industrial. Com efeito, embora a sociedade pré-revolução não fosse integrada, em parte devido à predominância das atividades agrárias, é possível traçar alguns traços gerais da vida social antecedente à Revolução. Uma característica marcante desta sociedade é a estagnação econômica tendo uma base baixa de nível social, isto é, predomínio amplo da pobreza, sem significativas alterações em termos de crescimento econômico. De fato, em uma sociedade

---

<sup>7</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás S. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp.387-389. ARZT, Gunther. A parte especial do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp.113-115.

<sup>8</sup> FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford university Press, 1986, p.285.

<sup>9</sup> ASIMOV, Isaac. *Fundação*. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2009, p.93.

baseada na produção de bens primários, os períodos de expansões econômicas eram rapidamente revertidos por más colheitas, epidemias etc. Outra característica importante da sociedade do período anterior à Revolução é a não especialização do trabalho. Diferentemente da sociedade industrial, o trabalhador não era especialista em uma fase da produção, devendo ter um conhecimento global de todo processo de manufatura do bem. Com a Revolução Industrial, a configuração da sociedade muda radicalmente. Há um acentuado êxodo rural, acompanhado de forte crescimento demográfico. Além disso, embora os bens primários preservem sua relevância, há um exponencial aumento da produção de bens manufaturados, o que requer novas concepções de trabalho, o qual passa a ser cada vez mais especializado<sup>10</sup>.

Em síntese, a vida social foi deslocada do campo para a cidade. Entretanto, esta transição abrupta não foi acompanhada pelo desenvolvimento da infraestrutura urbana para acomodar a nova realidade, o que causou certo estresse social. Previsivelmente, os males sociais decorrentes da Revolução Industrial trariam consigo um aumento geral da criminalidade. Entretanto, como aponta John Tobias ao analisar o cenário inglês, há indícios de uma queda do número de crimes na transição do século XVIII para o XIX. Esta contradição entre o que era esperado e o que se verificou pode ser explicada, de acordo com Tobias, se se levar em conta a diferença entre mudança quantitativa e mudança qualitativa da criminalidade. Com efeito, no período apontado, houve uma redução da violência em geral, condicionada pelo estabelecimento de um modo de vida mais civilizado. Assim, houve, em verdade, não uma redução da criminalidade, mas uma redução da criminalidade violenta. E como esta última sempre chama mais atenção do público e das autoridades, sua redução explica os referidos indícios de redução do número geral de crimes<sup>11</sup>.

Todavia, a redução geral da violência não foi acompanhada do arrefecimento da repressão<sup>12</sup>. Ao contrário: a Inglaterra, por exemplo, procurou aumentar a proteção à

---

<sup>10</sup> DEANE, Phyllis. *The first Industrial Revolution*. 2.ed. Cambridge: Cambridge university Press, 2003, pp.1-18.

<sup>11</sup> TOBIAS, John J. *Crime and industrial society in the nineteenth century*. Harmondsworth: Penguins Books, 1967, pp.42-43. Sobre o grau de confiabilidade das estatísticas oficiais da época, ver: *Idem*. pp.18-25.

<sup>12</sup> Acerca da evolução histórica das sanções penais, ver: MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, *passim*. ZAMBRANA MORAL, Patricia. Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. vol. XXVII, 2005, especialmente pp.224-225. MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1982, pp.25-26.



propriedade privada por meio do aumento da lista de delitos punidos com pena de morte<sup>13</sup>. Como aponta Foucault, as transformações sociais da época, tais como as modificações nas pressões econômicas, a elevação geral do nível de vida, crescimento demográfico, multiplicação de riquezas e propriedades, resultaram em uma maior necessidade de segurança, via repressiva. Precisamente por causa dessas mudanças sociais, haveria uma passagem da criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude. Efetivamente, essa transição de formas de cometimento de delitos faz parte de todo um mecanismo complexo: o desenvolvimento da produção e das riquezas, bem como uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, ocorrem simultaneamente ao desenvolvimento de métodos de vigilância mais rigorosos e de um policiamento mais estreito da população. Em outras palavras, o deslocamento das práticas ilegais é correlato do afinamento das práticas punitivas<sup>14</sup>.

Dentre os penalistas, a ideia de que haveria uma mudança nas práticas criminosas foi defendida, entre outros, por Alejandro Groizard y Gómez de la Serna e, posteriormente, por Nelson Hungria. O primeiro afirmava haver uma correlação entre civilização e delinquência, pois o progresso social transforma as manifestações delitivas. No âmbito específico dos delitos contra a propriedade, o crescimento cultural do povo, segundo o autor, faz com que os roubos percam o caráter brutal e sangrento, acentuadamente presente nas sociedades mais primitivas. Ressalva o autor, contudo, que a ânsia criminosas por possuir o alheio persiste, mudando apenas as formas de satisfação desse desejo<sup>15</sup>. Hungria, por sua vez, já na década de 30 do século XX, afirmava ser a fraude o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio, constituindo o ladrão violento um retardatário. Sintetiza sua análise dizendo que “a mão armada evoluiu para o conto do vigário”<sup>16</sup>.

Alfredo Niceforo levou a tese da transformação da forma da criminalidade um pouco além. Aceita a ideia de que o progresso civilizatório contribui para a redução da

---

<sup>13</sup> HIBBERT, Christopher. *The roots of evil. A social history of crime and punishment*. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2003, p.56.

<sup>14</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 42.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, pp.76-78.

<sup>15</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo VII. Salamanca: Esteban-Hermanos, Impresores, 1897, p.5.

<sup>16</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal. Op.cit.* p.5. No mesmo sentido, SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *La estafa y el silencio. Su relevancia en el tráfico inmobiliario*. Buenos Aires: Editorial Jorge Alvarez, 1967, pp.29-30.

criminalidade violenta e para o crescimento da criminalidade fraudulenta. Segundo o autor, essa mudança decorre do fato de que, em sociedades violentas, a luta pela vida se desenvolve mediante o uso da força, pois o poder político e a riqueza são obtidos pelo emprego das armas; em uma civilização em “forma fraudulenta”, ao contrário, a luta é realizada com a astúcia, e é o ouro, ao invés do ferro, o que confere poder e riqueza<sup>17</sup>. Contudo, segue o autor, seria um otimismo exagerado crer que o processo civilizatório consiste na decomposição lenta do mal e do delito, a serem substituídos pelo bem, pela justiça e pela felicidade. Há, de acordo com Niceforo, uma estabilidade no número geral de delitos, o que muda é a forma de manifestação. Após analisar estatísticas da época, o autor conclui que a soma dos delitos fraudulentos e violentos, ao longo dos anos, permanece razoavelmente constante. A predominância de um tipo em relação ao outro seria um indicador do grau civilizatório: civilizações avançadas têm um índice maior de fraudes; a violência predomina nas civilizações atrasadas<sup>18</sup>.

Alberto Domenico Tolomei, em diálogo com a obra de Niceforo, faz ressalvas ao que ele reconhece como *communis opinio*<sup>19</sup> de que a fraude constituiria a característica da criminalidade moderna ou evolutiva, enquanto a violência seria o traço da criminalidade atávica<sup>20</sup>. De acordo com Tolomei, a “conclusão desoladora” a que chega Niceforo – de que

---

<sup>17</sup> NICEFORO, Alfredo. *La transformación del delito en la sociedad moderna*. Trad. C. Bernaldo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902, pp.5-16.

<sup>18</sup> NICEFORO, Alfredo. *Op.cit.* pp.3 e 24. Importante salientar que qualquer análise que utilize apenas as estatísticas oficiais apresentará uma deficiência metodológica por excluir a cifra oculta da criminalidade. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp.167 e 168.

<sup>19</sup> TOLOMEI, Alberto Domenico. *Della truffa e di altre frodi*. Roma: Athenaeum, 1915, p.4.

<sup>20</sup> Sobre o conceito de atavismo, ver: LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2016, pp.196 e ss. COLE, Simon A.; CAMPBELL, Michael C. From subhumans to superhumans. Criminals in the evolutionary hierarchy, or what became of Lombroso's atavistic criminals? In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, P.J. (ed.). *The Cesare Lombroso Handbook*. London: Routledge, 2013, pp.155 e ss. Vale ressaltar que Lombroso não baseava suas teorias apenas em medições de corpos e análise de artefatos: o autor notabiliza-se por misturar diversos tipos de fontes, complementando (e, assim, reafirmando) frequentemente suas conclusões com anedotas históricas, ditados populares, pinturas e literatura. GIBSON, Mary. Cesare Lombroso, prison science, and penal policy. In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, P.J. (ed.). *The Cesare Lombroso Handbook*. London: Routledge, 2013, p.34. O diálogo entre Lombroso e a literatura foi uma via de mão dupla. De fato, é reconhecido o impacto do pensamento lombrosiano, por exemplo, no naturalismo. Nicolas Bareit chega a afirmar que a Besta Humana de Zola (ZOLA, Émile. *A besta humana*. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Zahar, 2014) foi a colocação em cena das teorias da Escola Positivista, foi o acolhimento do “homem delinquente” à literatura, apesar de algumas divergências na retratação física do criminoso nato. BAREIT, Nicolas. La bête humaine de Lombroso. *Revue d'Histoire littéraire de la France*. Ano 117, nº4, 2017, p.935. Acerca da violência como traço evolutivo: THOMSON JR, J. Anderson. Primatas assassinos na American Airlines, ou: como a religião foi o principal sequestrador em 11 de setembro. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008, pp.69 e ss. Para uma crítica da concepção da violência como forma de adaptação e evolução social, ver: NOVICOW, Jacques. *La crítica del darwinismo social*. Trad. Nicolás Salmerón y García. Madrid: Daniel Jorro, Editor, 1914, *passim*. Quanto à criminalidade fraudulenta, Lombroso

a violência é substituída pela fraude mantendo constante a criminalidade – decorre de um ponto de partida errôneo: ao invés de se analisar o meio criminoso (violência ou fraude), deve-se observar qual o objeto do crime<sup>21</sup>. Com efeito, segundo o autor, observa-se uma mudança do objeto da atividade criminosa, não propriamente do meio. Por exemplo, os crimes contra a pessoa diminuem de forma relativamente constante, manifestando-se, todavia, ainda de forma violenta. Os crimes patrimoniais, por outro lado, apresentam tendência de aumento generalizado, isto é, crescem os crimes contra o patrimônio cometidos mediante fraude, mas também os praticados mediante violência<sup>22</sup>.

O autor reconhece, entretanto, que a fraude pode ser apontada como traço distintivo da criminalidade de sua época, mas não porque a violência foi compensatoriamente substituída por práticas fraudulentas. Na verdade, ocorre que o momento histórico permitia um progressivo declínio de determinadas espécies delitivas violentas, não substituídas por manifestações análogas de agressão ao mesmo objeto, mas sim por condutas baseadas em fraudes. Reconhece, ainda, a influência da configuração social na caracterização da criminalidade, sendo, dessa forma, a fraude o preço a se pagar pelo desenvolvimento comercial e industrial. Contudo, e nesse ponto fica mais evidente sua crítica ao pensamento de Niceforo, afirma que o progresso social e o conseqüente aumento do “grau moral e econômico” da sociedade favorece a redução de qualquer forma de delinquência, qualquer que seja o meio – violência ou fraude –, qualquer que seja o objeto – pessoa ou patrimônio<sup>23</sup>.

Quase um século após seus escritos, muitas análises criminológicas tendem a concordar com Tolomei. Com efeito, propaga-se um discurso de que há uma redução geral da criminalidade, fenômeno que seria observado em diversos países do mundo. A queda geral do número de crimes teria começado nos Estados Unidos<sup>24</sup>, ocorrendo, posteriormente,

---

indicava que a fraude, quando praticada por mulheres, não é um sinal de perversidade, pois, segundo o autor, o sexo feminino não tem como traço característico o respeito pela propriedade alheia. Dessa forma, a mulher que comete fraudes não está necessariamente degenerada de uma forma acentuada; ao contrário, é muito próxima de uma “mulher normal”. LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Trad. Nicole Hahn Rafter, Mary Gibson. London: Duke University Press, 2004, pp.225-226.

<sup>21</sup> TOLOMEI, Alberto Domenico. *Op.cit.*p.5.

<sup>22</sup> TOLOMEI, Alberto Domenico. *Op.cit.*pp.6-9.

<sup>23</sup> TOLOMEI, Alberto Domenico. *Op.cit.*pp.11-15.

<sup>24</sup> ZIMRING, Franklin E. *The great American Crime Decline*. New York: Oxford University Press, 2007.

na Europa, sem, contudo, restringir-se a esses territórios<sup>25</sup>. O fenômeno da redução internacional da quantidade de delitos é tido como certo, embora suas razões sejam, no mínimo, discutíveis. De fato, Baumer e Wolff listam dentre os possíveis motivos apontados para essa queda da criminalidade: a melhora geral das condições econômicas, mudanças quantitativas e qualitativas no policiamento e na punição, esforços públicos e privados para garantia de segurança, estabilização nos mercados de drogas ilícitas, popularização dos *videogames*, maior civilidade e autocontrole das pessoas, aumento do uso de fármacos terapêuticos, dentre outras razões<sup>26</sup>.

Recentemente, todavia, Kotzé<sup>27</sup> defendeu a tese segundo a qual o declínio da criminalidade seria um mito, visto que, na verdade, os dados que suportam a concepção majoritária (queda do número geral de crimes) são incapazes de captar uma série de problemas criminológicos. Assim, afirma Kotzé, a criminalidade não teria, efetivamente, entrado em declínio. A aparência de redução da criminalidade, segundo o autor, teria três causas principais. Em primeiro lugar, as pesquisas europeias recentes sobre vitimização falham metodologicamente ao ignorar uma série de vítimas invisíveis, tais como as pessoas desabrigadas<sup>28</sup>. E, ao ignorar esse grupo, as pesquisas apresentariam resultados que não retratam fielmente a realidade, pois as pessoas sem moradia, além de não terem condições de arcar com medidas de autoproteção, tornando-se, por isso, mais vulneráveis, tendem, como qualquer população marginalizada, a não reportar às autoridades violações de direitos, seja por receio de ser desacreditada pelos órgãos estatais, seja por dificuldades de apresentar evidências críveis a confirmar o relato<sup>29</sup>.

Uma segunda causa da aparente redução da criminalidade seria, paradoxalmente, o recrudescimento do crime. Kotzé, nesse sentido, afirma que a análise de estatísticas e as

---

<sup>25</sup> KNEPPER, Paul. An International Crime Decline: Lessons for Social Welfare Crime Policy? *Social Policy & Administration*, v.46, n.4, 2012, p.359.

<sup>26</sup> BAUMER, Eric P.; WOLFF, Kevin T. Evaluating Contemporary Crime Drop(s) in America, New York City, and Many Other Places. *Justice Quarterly*. vol.31, nº 1, 2014, p.18.

<sup>27</sup> KOTZÉ, Justin. *The myth of the "crime decline"*. Exploring change and continuity in crime and harm. London: Routledge, 2019.

<sup>28</sup> Uma das principais falhas seria a realização de coleta de dados por via telefônica. Cf. KOTZÉ, Justin. *Op.cit.* pp.23 e 62.

<sup>29</sup> LEE, Barrett A.; SCHRECK, Christopher J. Danger on the Streets: Marginality and Victimization Among Homeless People. *American Behavioral Scientist*. vol. 48, nº 8, 2005, pp.1056 e 1067. Ver também: JÄGERVI, Lotta. Who wants to be an ideal victim? A narrative analysis of crime victims' self-presentation. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. v.15, n.1, 2014, pp.73-74.

pesquisas quantitativas são inadequadas para aferir a criminalidade em um contexto de “normalização diferenciada”. Por meio de pesquisa qualitativa, o autor aponta que algumas regiões acabam normalizando uma série de práticas que seriam tidas por criminosas em outras condições. Com efeito, em lugares onde vale o “código das ruas”, por exemplo, a população sequer reconhece a violência, salvo quando extrema, como uma prática delitiva. A habitualidade torna expressiva parte da criminalidade um evento cotidiano, que não configura um acontecimento digno de nota. Por essa razão, as estatísticas não poderiam refletir a realidade, visto que as notificações de delitos às autoridades são menos frequentes, precisamente, onde há mais crimes<sup>30</sup>.

A terceira causa da aparência de declínio é o fato de que as formas de manifestação da criminalidade mudam, de modo que os indicadores utilizados nas pesquisas criminológicas/vitimológicas não conseguem captar os “novos crimes”<sup>31</sup>. Com efeito, há quem entenda a criminalidade e as ações de garantia de segurança como adversários em uma competição tecnológica, de forma que a inovação de uma estimula a adaptação da outra. Consequentemente, em um primeiro momento, novas formas de cometimento de delitos, muitas vezes, não são detectadas ou, se detectadas, não são sequer reconhecidas como crimes pelas vítimas e pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei, visto que os agentes não teriam ainda treinamento e experiência para compreender adequadamente a (nova) prática delitiva<sup>32</sup>. Exemplo paradigmático dessa situação seriam os cibercrimes. De fato, tendo a modernidade superado a necessidade da interação em contextos de presença<sup>33</sup>, o crime pode migrar do mundo físico para o virtual. Por sua natureza, os crimes virtuais podem atingir muitas vítimas de uma só vez, dificultando a alocação de recursos para repressão<sup>34</sup>; além disso, diante das diversas possibilidades de manifestação, tais crimes podem não ser percebidos e, por conseguinte, reportados. Por essas razões, afirma-se que as estatísticas

---

<sup>30</sup> KOTZÉ, Justin. *Op.cit.*pp.91 e ss. No Brasil, Mingardi já apontava o fenômeno da normalização do crime organizado como uma espécie de organização social, na qual a organização criminosa exerce, inclusive, a função de “pacificação” social. Cf. MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, especialmente pp.61 e ss.

<sup>31</sup> KOTZÉ, Justin. *Op.cit.*p.149.

<sup>32</sup> McQUADE, Sam. Technology-Enabled Crime, Policing and Security. *The Journal of Technology Studies*. vol.32, 2006, pp.36-37.

<sup>33</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, pp.28-29.

<sup>34</sup> Cf. JUNKER, John M. Criminalization and criminogenesis. *UCLA Law Review*. v. 19, 1972, pp.699 e ss.

sobre os cibercrimes não são confiáveis<sup>35</sup>. Um outro exemplo de problemas de medição dos crimes aparece na criminalidade econômica. Reconhece-se uma necessidade crescente de se dimensionar o comportamento corporativo socialmente danoso<sup>36</sup>. A doutrina reconhece, nesse âmbito, certa invisibilidade da vítima, notadamente no que se refere às práticas fraudulentas<sup>37</sup>.

## 1.2 Estelionato, fraude e delitos econômicos

O estelionato, conforme será visto adiante, é amplamente compreendido como delito contra o patrimônio<sup>38</sup>, integrando, portanto, o chamado direito penal clássico, de acentuado corte liberal individualista. Contudo, parte da doutrina reconhece uma transcendência, ou uma natureza híbrida deste delito, o qual pode, em algumas hipóteses, afetar secundariamente interesses que ultrapassam o âmbito individual. Por essa razão, estuda-se qual a posição do estelionato no contexto do chamado direito penal econômico<sup>39</sup>.

Pressuposto para o estudo da relação entre estelionato e delitos econômicos é uma aproximação ao conceito de direito penal econômico. A delinquência econômica, embora tenha ganhado cada vez mais espaço nas discussões acadêmicas das ciências criminais desde o trabalho seminal de Sutherland<sup>40</sup>, não tem muito claro seus contornos, e seus elementos definidores<sup>41</sup>. A mesma imprecisão é verificada acerca do conceito de direito penal econômico. Com efeito, a origem criminológica da questão acerca dos delitos econômicos

---

<sup>35</sup> BRENNER, Susan W. Cybercrime: re-thinking crime control strategies. In: JEWKES, Yvonne (ed.). *Crime online*. London: Routledge, 2007, p.17.

<sup>36</sup> Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, especialmente p.95.

<sup>37</sup> CROALL, Hazel. Community safety and economic crime. *Criminology & Criminal Justice*. vol.9, nº 2, 2009, *passim*.

<sup>38</sup> Ver, com amplas referências, GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 2, v. 21, 2011, pp.237-238.

<sup>39</sup> Cf. MAYER FUX, Laura; GODINHO, Inês Fernandes. La estafa como delito económico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. XLI, 2013, p.197. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 2009, p.27.

<sup>40</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*. v. 5, nº 1, 1940.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. *Revista Penal*. nº I, 1998, p.67.

fez com que o foco das análises fosse dirigido aos autores, enquanto a dogmática preocupasse com as condutas<sup>42</sup>. Não obstante, há pontos de convergência que permitem uma aproximação entre as concepções sociológicas/criminológicas e dogmáticas: a reconciliação das perspectivas passa pela clássica noção de bem jurídico, na medida em que este conceito serve para uma classificação dos delitos a partir da perspectiva dos sujeitos passivos<sup>43</sup>.

De fato, desde uma perspectiva jurídico-dogmática, o direito penal econômico é um instrumento de tutela de bens jurídicos supraindividuais<sup>44</sup>, os quais constituem o referencial interpretativo material<sup>45</sup> deste ramo jurídico. Precisamente por ser um objeto de proteção “desmaterializado”<sup>46</sup>, parte da doutrina questiona a necessidade e a legitimidade do direito penal econômico<sup>47</sup>. Críticas e objeções à parte, o direito penal econômico surge de uma

---

<sup>42</sup> Deve-se esclarecer aqui, como faz Muñoz Conde, que a questão do autor do delito econômico também é um ponto de discussão dogmática, principalmente no que se refere à responsabilidade penal da pessoa jurídica. MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas. *Op.cit.* pp.70 e ss. Sobre o tema, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: de acordo com a Lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos*. Uma crítica constitucional. São Paulo: Alameda, 2012, especialmente p.217. Para uma perspectiva criminológica da questão: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. *Op.cit.* pp.95 e ss.

<sup>43</sup> TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, No. 1, 1983, p.61.

<sup>44</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp.58-59. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. *Ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre Docência). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p.55.

<sup>45</sup> Ver: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*. Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.46.

<sup>46</sup> “La ‘desmaterialización’ y difuminación del bien jurídico tiene, sin duda, consecuencias dogmáticas y político-criminales importantes, que pueden afectar a cuestiones verdaderamente centrales. Entre ellas se pueden destacar las siguientes: delimitar si es lesionado o sólo puesto en peligro por la conducta típica; establecer la relación de causalidad entre la conducta y estos posibles efectos; concretar si el bien jurídico va referido, en última instancia, a intereses individuales o no; establecer la eventual compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de necesaria lesividad del delito y de intervención mínima, así como, finalmente, aunque de no menor importancia, la cuestión de las posibles tensiones que pudieran surgir con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor”. MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, pp.69-70.

<sup>47</sup> Tendo em vista a lesividade de uma conduta em relação a um bem jurídico como critério de criminalização, questiona-se o uso do direito penal como instrumento de gestão dos riscos modernos, como os decorrentes da atividade econômica, em detrimento de outros ramos jurídicos, tais como o direito civil ou o direito administrativo. Os principais argumentos para o uso do direito penal são: (I) a crise de prestígio do direito administrativo, decorrente da burocracia que o cerca, bem como a impossibilidade de se trabalhar com a lógica reparadora do direito civil em face da magnitude dos danos potenciais (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 61-64); (II) o menor poder intimidatório do direito administrativo em relação ao direito penal (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89); (III) o fato de o direito penal ter um caráter mais garantista do que o direito administrativo sancionador (ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho penal económico y Constitución*. *Revista penal*, v.1, 1998, p.14). Por outro lado, objeta-se que o direito penal não pode seguir a lógica do ótimo

necessidade de proteção aos bens supraindividuais<sup>48</sup>, notadamente mediante a antecipação da tutela penal<sup>49</sup>, visto que, em geral, os problemas de controle existentes no âmbito econômico não podem ser tratados apenas com os tradicionais delitos de resultado<sup>50</sup>.

Feitas estas considerações introdutórias acerca do direito penal econômico, pode-se agora apresentar a relação entre os delitos desse âmbito jurídico e o estelionato. Desde um ponto de vista criminológico, sustentar que o estelionato pode ser compreendido como um delito econômico requer algum esclarecimento. Com efeito, seguindo o pensamento de Sutherland, os casos de estelionato compreendidos dentro da criminalidade econômica não precisam, necessariamente, ser cometidos por um homem de negócios, agindo em um contexto de atuação empresarial. Decisivo é o perfil delitivo, caracterizado pela facilidade de interação social<sup>51</sup>.

---

administrativo, devendo-se pautar em critérios de legitimidade da intervenção. Qualquer interesse só poderá ser perseguido de acordo com e nos limites da legitimidade penal e constitucional (D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.33). Afinal, incriminações de possibilidades prematuras de perigo “favorecem uma funcionalização que serve ao campo científico, mas não ao jurídico-penal, que deve ser pautado nos princípios do Estado democrático de direito” (AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p.173). Diante de problemáticas desse tipo, Hassemer chegou a propor a separação entre um núcleo de direito penal clássico (composto pelos delitos tradicionais) e a criação de um “direito de intervenção”, que permitiria tratar adequadamente os problemas que somente de maneira forçada poderiam ser tratados dentro do direito penal clássico. Este direito de intervenção seria um sistema jurídico no qual os elementos punitivos estariam desenhados de forma estritamente preventiva e que, em qualquer caso, renunciaria a uma reprovação pessoal e à pena privativa de liberdade. Uma forma assim de direito de intervenção poderia integrar tipos de imputação coletiva (Cf. HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal del futuro*. *Revista penal*. v.I, 1998, p.40). Acerca da problematização dos bens jurídicos supraindividuais, ver: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015, pp.152 e ss. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.183 e ss.

<sup>48</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal do perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp.14-23.

<sup>49</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.65.

<sup>50</sup> KUBICIEL, Michael. Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico? *InDret*, n.3, 2017, p.8.

<sup>51</sup> Como apontam Mayer Fux e Godinho: “El autor del delito de estafa, entendido como delito económico, puede asumir las más diversas caretas. Si de lo que se trata, siguiendo a Sutherland, es de que el sujeto activo tenga un cierto prestigio o posición social, dichas características pueden darse respecto de un hombre de negocios, o bien, de una señora de edad avanzada de quien jamás se sospecharía la comisión delictiva”. MAYER FUX, Laura; GODINHO, Inês Fernandes. *La estafa como delito económico*. *Op.cit.* p.195.



Antes, porém, de apontar as semelhanças, deve-se lembrar que Sutherland indica que o ponto mais significativo da diferença entre o ladrão profissional e o criminoso de colarinho branco está nas concepções que os infratores têm de si mesmos e nas concepções da opinião pública acerca deles. De fato, o ladrão profissional concebe a si próprio como um criminoso, e é assim compreendido socialmente. O homem de negócios, por outro lado, enxerga-se e, em geral, é visto como um cidadão respeitável. O criminoso de colarinho branco não se identifica com o estereótipo de “criminoso”, considerando-se apenas como um “infrator da lei”. Contudo, o uso de expressões diversas não muda a igualdade essencial entre o infrator da lei e o criminoso<sup>52</sup>.

Quanto às semelhanças, já se reconhece, do ponto de vista criminológico, uma aproximação entre a fraude constituinte do estelionato e a fraude que constitui um crime econômico<sup>53</sup>. Os estudos de Sutherland apontavam que o criminoso patrimonial comum (*professional thief*) depende, para além de eventuais habilidades manuais, de sua perspicácia, capacidade de abordar uma vítima em potencial, enfim, de sua capacidade comunicativa (*talking ability*)<sup>54</sup>. Com efeito, diversos delitos patrimoniais envolvem algum tipo de manipulação da vítima por meios não violentos<sup>55</sup>. Daí a concepção recorrente de que o estelionatário é esperto, sociável e tem um certo talento para vendas<sup>56</sup> e para a interpretação de papéis<sup>57</sup>. Von Hentig, a propósito, via uma imprecisão ao se afirmar que o estelionatário agia como um ator. Na verdade, o papel desempenhado pelo estelionatário é mais complexo do que o do ator, pois quem, por exemplo, vai ao teatro ou ao cinema já está predisposto a ser “enganado”, a aceitar como verdadeiro o papel desempenhado pelo artista. O

---

<sup>52</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, pp.338-340.

<sup>53</sup> Cf. FIDELIE, Laura Woods. Fraud. In: MILLER, J. Mitchell (Ed.). *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*. Oxford: Blackwell Publishing, 2014, p.2. NGUYEN, Tomson H. Fraud. In: ALBANESE, Jay S. (Ed.). *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2014, p.2.

<sup>54</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. Annotated and Interpreted by Edwin H. Sutherland. Chicago: The University of Chicago Press, 1937, p.3.

<sup>55</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*p.43.

<sup>56</sup> Cf. DUFFIELD, Grace; GRABOSKY, Peter. The Psychology of Fraud. *Australian Institute of Criminology*. n.199, 2001, p.5. O’CONNOR, Michael E. The perception of crime and criminality: the violent criminal and swindler as social types. *Deviant Behavior*. vol.5, n.3, 1984, pp.260 e ss.

<sup>57</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*p.56.

estelionatário, por sua vez, deve convencer alguém sem esta prévia predisposição ao engano<sup>58</sup>.

Como apontou Sutherland, muitos estelionatários profissionais não enxergavam diferenças entre suas condutas e algumas práticas corporativas<sup>59</sup>. Dessa forma, o “roubar profissionalmente” é, antes de tudo, um negócio<sup>60</sup>. Os profissionais não precisam de vínculos de amizade para obedecer a certos códigos de conduta; ao contrário, devem cumprir uma série de deveres para com seus parceiros a despeito de eventuais desavenças pessoais. As conversas entre os profissionais versam majoritariamente sobre possibilidades, condições e prováveis ganhos de empreitadas futuras, além de ser recorrente a discussão de novos métodos e leis que podem afetar a realização dos negócios. Desde um ponto de vista subjetivo, trata-se de um negócio porque não há muita emoção envolvida, a não ser, claro, a tensão constante até que o negócio seja concluído e, se houver sucesso, a sensação de dever cumprido<sup>61</sup>.

Ainda do ponto de vista subjetivo, o estelionatário e o criminoso de colarinho branco apresentam em comum o aspecto que Von Hentig chamou de misantropia. De fato, além da falta de empatia diante da perda do outro acompanhada da fria satisfação de obter alguma vantagem, quem comete a fraude viola algum tipo de confiança, delegada ou implícita, causando, mais do que um dano patrimonial, uma fragilização das relações sociais<sup>62</sup>. Essa “misanthropia”, em alguma medida, é explicada pela associação diferencial. Com efeito, a hipótese da associação diferencial é de que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem tal comportamento de forma favorável, e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável, de modo que a pessoa se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis<sup>63</sup>. O ladrão profissional e o criminoso de colarinho

---

<sup>58</sup> VON HENTIG, Hans. *Estudios de psicología criminal*. III. La estafa. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1960, pp.161-162.

<sup>59</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*p.62. Ver também: PONTELL, Henry N. White-collar crime or just risky business? The role of fraud in major financial debacles. *Crime, Law & Social Change*. vol.42, 2004, p.317.

<sup>60</sup> “Professional stealing [...] is much like any other business”. SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*p.140.

<sup>61</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*pp.7 e 140.

<sup>62</sup> VON HENTIG, Hans. *Estudios de psicología criminal*. *Op.cit.*pp.165-172. SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *Op.cit.* p.5.

<sup>63</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. *Op.cit.*p.351.

branco desprezam a lei e os aparatos estatais; seguem, conscientemente, um código de conduta paralelo, não oficial, que estabelece quais são os comportamentos adequados nos contextos em que agem<sup>64</sup>.

Para além da perspectiva criminológica, há conexões entre o estelionato e delitos econômicos desde uma perspectiva teleológico-normativa, a partir do reconhecimento de que o estelionato, em algumas hipóteses, pode lesionar bens supraindividuais<sup>65</sup>. Em outras palavras, a fraude, elemento essencial do estelionato, manifesta-se de diversas formas. Por essa razão, a proibição da fraude – do engano, compreendido em um sentido muito amplo – aparece em várias disposições do ordenamento brasileiro, notadamente, com a função de evitar prejuízos de natureza patrimonial.

Uma das maneiras pelas quais a fraude contra o patrimônio se manifesta – estudada, inclusive, como uma forma de antecipação da tutela penal do estelionato<sup>66</sup>, – é a publicidade enganosa<sup>67</sup>. Pressuposto de qualquer análise da relação entre esta modalidade de fraude e o estelionato é a aproximação do conceito de publicidade. A publicidade tem como elemento finalístico a informação. Enquanto direito exercitável à conta e risco do anunciante, a publicidade deve informar o consumidor acerca das características essenciais do produto anunciado, devendo, portanto, observar os princípios da veracidade, da transparência, da lealdade e da não abusividade. Complementarmente, o elemento material da publicidade é a difusão, isto é, a forma como se expressa a mensagem. De fato, a publicidade não é uma técnica pessoal de negociação, não consiste em comunicação individual<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. *Op.cit.*p.336. SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*pp.4 e ss.

<sup>65</sup> TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Op.cit.*p.67.

<sup>66</sup> Cf. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.81-82. Ver também: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el art. 282 del Código Penal Español (Una contribución a partir de una “hermenéutica valorativa”). *Revista de Derecho y Proceso Penal*. v.12, 2004, pp.203 e ss. GALLEGOS SOLER, José Ignacio. Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores. *Revista catalana de seguretat pública*. n.13, 2003, pp.94 e ss, 98.

<sup>67</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *Op.cit.*pp.2-3.

<sup>68</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, pp.317-335

Precisamente por seu caráter difuso, a publicidade enganosa difere do estelionato. Conforme aponta Sutherland, a experiência demonstrou que a proibição da fraude tradicional (estelionato) seria praticamente inútil para proteger a sociedade contra a deturpação em publicidade, pois, embora os efeitos da publicidade enganosa tenham reflexos sobre toda a sociedade, esta não se organizava para coibir a prática<sup>69</sup>. No âmbito das relações de consumo, as fraudes eram – e continuam sendo – difusas, de modo que os prejuízos individuais são pequenos<sup>70</sup>. De fato, o dano sofrido por um cidadão individualmente considerado pode não ser suficiente para que ele ingresse com uma ação contra a conduta<sup>71</sup>. Entretanto, a difusão da prática faz com que os prejuízos (ou possibilidade de prejuízos) sejam consideráveis. Por essa razão, inclusive, pensa-se em novas formas de tutela de interesses em juízo<sup>72</sup>.

Dessa forma, a publicidade, enquanto poderoso instrumento da atividade industrial, deve ser regulada em face da exigência de tutela do consumidor diante da enorme influência exercida pela economia industrial, influência esta que, como aponta Enzo Musco, pode chegar ao ponto de condicionar gostos, tendências, modas e, no limite, interferir no equilíbrio psicofísico dos indivíduos. Portanto, a regulação da publicidade é uma forma de evitar riscos e danos – decorrentes do processo de industrialização – à qualidade de vida<sup>73</sup>. Na esfera penal, proíbe-se a publicidade enganosa. Tutela-se um bem jurídico supraindividual, de acentuado caráter socioeconômico. O preceito tem a finalidade de proteger os interesses dos consumidores, por meio, concretamente, da garantia do direito a receber informações verdadeiras sobre os produtos ou serviços anunciados. Seria um “direito instrumental”

---

<sup>69</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. *Op.cit.*p.191.

<sup>70</sup> NAVARRO CARDOSO, Fernando. Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores. A la memoria del Prof. Dr. José Manuel Valle Muñiz. *Revista del Poder Judicial*. n. 50, 1998, p.174.

<sup>71</sup> Cf. FISS, Owen. A teoria política das ações coletivas. In: *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.235.

<sup>72</sup> Ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da defesa do consumidor em juízo. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. v.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, pp.1 e ss. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp.48 e ss.

<sup>73</sup> MUSCO, Enzo. Perfiles penales de la publicidad engañosa. *Revista Penal*. n.12, 2003, p.98.

destinado a conseguir a efetiva realização de outros direitos, como a saúde, a segurança<sup>74</sup> e, mais imediatamente, os interesses socioeconômicos<sup>75</sup>.

No direito brasileiro, aponta José Filomeno, durante a tramitação do Código de Defesa do Consumidor, argumentou-se que a criminalização da publicidade enganosa seria desnecessária, visto que o ordenamento já previa a figura do estelionato<sup>76</sup>. Duas observações devem ser feitas em relação a esse argumento. Em primeiro lugar, ele evidencia o caráter de “arma de reserva”<sup>77</sup> do estelionato, na medida em que reconhece um amplo alcance do artigo 171 do Código Penal. Em segundo lugar, deve-se apontar que, diante do direito positivo, especialmente com a aprovação da Lei 8.137/90, este argumento não se sustenta. Com efeito, a doutrina reconhece uma espécie de gradação entre o artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 7º, VII, da Lei 8.137/90 e o artigo 171 do Código Penal. Dessa maneira, o tipo penal da Lei 8.137/90 fica a meio caminho entre a simples consideração de infração penal formal ou de mera conduta – critério do Código Consumerista – e das figuras materiais do estelionato<sup>78</sup>.

Na sociedade atual, o direito administrativo e o direito penal regulam certos aspectos da produção, comercialização e distribuição de produtos. Tais regulamentações constituem o marco legal para o desenvolvimento da liberdade garantida pela economia de mercado<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Op.cit.* pp.202 e 211.

<sup>75</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, p.594.

<sup>76</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Das infrações penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.732.

<sup>77</sup> O aspecto de “arma de reserva” será discutido com mais vagar no próximo capítulo. Contudo, já se pode apontar a tradição legislativa de prever o estelionato de uma forma bastante aberta. Nesse sentido, ver: Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V. Livro V, Título LXXXIX, Dos bulhões, e inliçadores. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792, p.333. Ordenações do Senhor Rey D. Manuel. Livro I. Título LXV, Dos bulhões, e inliçadores. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797, p.207. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Livro V, Título LXV, Dos bulhões e inliçadores, e dos que se levantão com fazenda alhêa. 14.ed. Rio de Janeiro: Tipographia do Instituto Philomathico, 1870, p.1213. MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas*. 3.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, pp.100 e ss. Sobre o Código Criminal do Império: FERREIRA TINÔCO, Antonio Luiz. *Código Criminal do Imperio do Brazil anotado*. Brasília: Senado Federal, 2003, pp.464 e ss.

<sup>78</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op.cit.* p.730.

<sup>79</sup> ÍÑIGO CORROZA, Elena. La relevancia del fraude en los delitos de competencia. En concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art.284 CP) y uso de información privilegiada (art.285 CP). In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p.283.

Nesse sentido, afirma-se que a relevância dos interesses do consumidor deriva da posição natural que estes ocupam no mercado como destinatários de ofertas ao público. A proibição da propaganda enganosa, dessa forma, tem a função de garantir que a decisão de quem vai consumir seja livre, pois somente dessa maneira o consumidor pode cumprir a principal tarefa funcional a ele assinalada pelo sistema de economia de mercado. É nesse sentido que a publicidade enganosa pode ser compreendida como uma forma de distorção fraudulenta da livre concorrência<sup>80</sup>.

De fato, há uma conexão bastante relevante entre a fraude e a concorrência desleal. Os ideais liberais concebem um mercado transparente e competitivo. Dessa forma, quando a concorrência se depara com a ausência de obstruções, os indivíduos obtêm um adequado equilíbrio entre a quantidade e o valor dos bens que querem. Pressuposto disso é que as partes sejam colocadas em um plano de igualdade de maneira tal que ninguém possa se aproveitar da debilidade ou necessidade da outra<sup>81</sup>. Dessa maneira, pode-se definir, de forma um tanto abstrata, a concorrência desleal como o uso de meios ou métodos incorretos, tais como os fraudulentos, para modificar a normal relação de competição<sup>82</sup>.

Raciocínio semelhante impõe a proibição da fraude no âmbito do mercado de valores mobiliários. De fato, em princípio, a maior eficiência do mercado de capitais está atrelada à rapidez das reações das cotações dos papéis às novas informações, de modo que, idealmente, a cotação de determinado valor mobiliário reflita unicamente todas as informações publicamente disponíveis<sup>83</sup>. Nesse sentido, criminaliza-se a manipulação fraudulenta do mercado, caracterizada pela “alteração das regras do jogo” de mercado e pelo “engano dos investidores”. A fraude objetiva eliminar os riscos da operação, transformando a esperança de obter lucros em uma certeza, por meio da manipulação das regras de funcionamento do

---

<sup>80</sup> ISLER SOTO, Erika Marlene. Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor. *Ars Boni et Aequi*. vol. 6, nº 1, 2010, pp.141-142.

<sup>81</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.268.

<sup>82</sup> DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p.12. SANHUEZA, Ricardo; MORDOJ, Benjamín. Competencia desleal: la economía del engaño. *Estudios Públicos*. n.124, 2011, p.41.

<sup>83</sup> Cf. ALONSO, Leandro. *Crimes contra o mercado de capitais*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 2009, pp.26 e ss.

mercado e de formação de preços, enganando investidores, os quais desconhecem o caráter artificial das cotações dos títulos<sup>84</sup>.

Outro tipo de fraude semelhante ao estelionato com aspectos supraindividuais é a fraude de seguro. Efetivamente, embora este delito ataque diretamente o patrimônio individual da seguradora, seus efeitos se propagam. São atingidos, de fato, indiretamente, todo o universo dos segurados, pois, ao se modificar artificialmente os índices de probabilidade de ocorrência de um sinistro, altera-se a hipótese estatística sobre a qual se calcula o valor do risco assegurado. Conseqüentemente, opera-se um aumento generalizado dos valores pagos pelos assegurados, ou uma redução do valor pago pela seguradora. Ou seja, há um aumento geral do custo do contrato de seguro. Portanto, a fraude contra o seguro tem um caráter supraindividual na medida em que se afeta o conjunto do sistema securitário. A tutela penal compreende, desta forma, duas faces de um mesmo fenômeno, resguardando não só o amplo setor da economia formado pelos usuários do sistema securitário, mas também o próprio sistema, o qual constitui um instrumento relevante da vida socioeconômica<sup>85</sup>.

Mais discutível é o caráter supraindividual da chamada fraude de crédito. Com efeito, antes de se pensar no aspecto individual ou coletivo do dano causado por esse tipo de fraude, deve-se indagar acerca da existência de algum tipo de lesão. De fato, em um sentido estritamente econômico, a fraude de crédito poderia ser formalmente concebida como uma espécie de estelionato de uso<sup>86</sup>. De um ponto de vista subjetivo, a fraude de crédito, segundo Muñoz Conde, diferenciar-se-ia do estelionato na medida em que naquela há a intenção de devolver o valor obtido como crédito; ou seja, o engano não teria como objetivo exatamente uma vantagem patrimonial, visto que haveria a intenção de devolver o valor pactuado. Dessa forma, coloca-se em questão a própria lesividade da conduta, pois o empréstimo obtido

---

<sup>84</sup> EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais*. Regime jurídico. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.540. Ver também: FISCHER, Daniel R. Efficient capital markets, the crash, and the fraud on the market theory. *Cornell Law Review*. v.74, 1989, pp.908 e ss.

<sup>85</sup> BOSCH, Fernando. *El delito de estafa de seguro*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p.34. Acerca da especial “transcendência social” da fraude de seguro, ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La estafa de seguro (criminología, dogmática y política criminal). *Cuadernos de política criminal*. n.32, 1987, p.359.

<sup>86</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal. *Estudios penales y criminológicos*. n° 5, 1980, p.92. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Ediciones Akal, 1988, p.113.

fraudulentamente constituiria tão-somente uma exposição a risco do patrimônio de quem empresta o valor<sup>87</sup>.

Admitindo-se, para desenvolvimento da discussão, a lesividade da conduta analisada, resta saber se a lesão recai sobre o patrimônio individual de quem empresta, ou se há alguma lesão de caráter supraindividual. Como apontou Hefendehl, há uma tendência doutrinária e jurisprudencial a equiparar o prejuízo ao perigo concreto ao patrimônio. Embora não seja recente, segue o autor, tal tendência tem ganhado relevância, visto que as operações a crédito são cada vez mais frequentes. De fato, com exceção de alguns negócios do dia a dia, os quais têm menor significado econômico, muitos negócios são fechados sem que prestação e contraprestação sejam simultâneas. Hefendehl indica três razões principais para o crescimento das operações envolvendo crédito: (I) por facilidade e segurança, usa-se cada vez menos o dinheiro vivo; (II) o mercado encontra meios de estimular clientes potenciais, ainda que estes acabem comprometendo valores não disponíveis no momento do negócio; (III) o volume do dinheiro envolvido em muitos negócios faz com que as operações financeiras desse tipo sejam imprescindíveis<sup>88</sup>.

A fraude de crédito, segundo Torío López, não é realmente um delito contra a ordem econômica ou, mais concretamente, contra a instituição social do crédito. Trata-se, de acordo com o autor, de um delito patrimonial. Segundo o autor, a fraude de crédito é uma forma de antecipação da tutela penal contra o estelionato propriamente dito, visto que a proteção jurídica ao patrimônio é conferida aos estágios prévios ao prejuízo. Da possibilidade de que a generalização deste tipo de fraude coloque em risco o sistema de crédito, não se poderia inferir que a fraude de crédito não é um delito patrimonial<sup>89</sup>. Não obstante, deve-se reconhecer que a excessiva concessão de crédito (*i.e.*, sem base econômica que o justifique) constitui um risco para o sistema econômico. Como aponta Muñoz Conde, empresas podem

---

<sup>87</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Sobre a assim chamada fraude de crédito. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p.125. Ver também: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*p.109.

<sup>88</sup> HEFENDEHL, Roland. Vermögensgefährdung und Exspektanzen als Prüfsteine eines normativ-ökonomischen Vermögensbegriffs. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag & Media UG, 2002, p.186.

<sup>89</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. Estafa de crédito. *Op.cit.*pp.115-116. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.184.



se construir “no vazio”, o que supõe o perigo de que entrem em crise, não podendo cumprir com compromissos, não só empresariais, mas também trabalhistas<sup>90</sup>.

Afirma-se que, a exemplo da fraude de crédito, a fraude de subvenções também coloca em risco interesses gerais ou supraindividuais<sup>91</sup>. De fato, na fraude de subvenção e, de acordo com um importante setor doutrinário<sup>92</sup>, na fraude tributária há uma lesão ao patrimônio estatal<sup>93</sup>. Além disso, o elemento da “fraude” é comum a todas estas modalidades delitivas. Por estas razões, a doutrina propõe o estudo destes crimes “à luz da estrutura” do delito de estelionato<sup>94</sup>. Com efeito, como aponta Valle Muñiz, não há inconveniente algum em se aproveitar a maior elaboração conceitual do delito de estelionato na tarefa de interpretar corretamente as condutas típicas dos delitos contra os patrimônios públicos, como seria o caso das fraudes previdenciárias. Não se trata, esclarece o autor, de transplantar mimeticamente toda a configuração do engano penalmente relevante e demais elementos típicos do estelionato. Contudo, tampouco seria prudente ignorar toda a discussão acerca da configuração de um engano fraudulento, relevante do ponto de vista penal<sup>95</sup>. Nesse sentido, uma consequência desta perspectiva, em termos gerais, seria o reconhecimento de que a lesão fraudulenta ao patrimônio público requer alguma conduta enganosa para obter uma

---

<sup>90</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Sobre a assim chamada fraude de crédito. *Op.cit.*p.133.

<sup>91</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. Estafa de crédito. *Op.cit.*p.94.

<sup>92</sup> Cf. amplamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. *Estudios penales y criminológicos*. nº 18. 1995.

<sup>93</sup> MAYER FUX, Laura. Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. v.32, n.1, 2009, p.290.

<sup>94</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. El elemento ‘fraude’ en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp.92-93. Em sentido semelhante, Gallego Soler, embora defenda a necessidade de se diferenciar com maior precisão os delitos patrimoniais dos delitos econômicos, reconhece a existência de uma ampla zona intermediária entre estas categorias, o que torna a distinção bastante complexa. O que aumenta esta dificuldade, segundo o autor, é a inegável semelhança estrutural entre tais delitos. Com efeito, muitos delitos em que prevalece a dimensão socioeconômica configuram-se estruturalmente a partir da lesão de um interesse patrimonial individual, e, mais precisamente, “hay que afirmar que los delitos económicos están configurados en gran medida a partir de la estructura de la estafa”. GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2015, pp.53-54. Em sentido próximo, Valle Muñiz afirma que o caráter patrimonial não é óbice para o reconhecimento de que certos crimes econômicos apresentam uma dinâmica fraudulenta análoga ao estelionato. . VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil. Barcelona: Bosch, 1987, p.102. Em sentido crítico, ver: MONTE FERREIRA, Mario. Estafa y fraude tributario: ¿convergencia o divergencia en los fundamentos para su tipificación? Análisis desde el Derecho español y portugués. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 58, 2005, *passim*, especialmente pp.500 e ss.

<sup>95</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. La criminalización del fraude a la Seguridad Social: Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 48, 1995, p.759.

prestação ou benefício determinado. Uma mera petição infundada não é suficiente: um meio enganoso deve ser a causa da obtenção da vantagem indevida<sup>96</sup>.

Há um claro paralelo estrutural entre o estelionato e a obtenção fraudulenta de alguma subvenção. No direito brasileiro, reconhece-se a semelhança entre o artigo 19 da Lei 7.492/86 e o artigo 171 do Código Penal. Nesse sentido, a doutrina pátria chegou a afirmar que se tratava de uma forma de estelionato<sup>97</sup>, com aspectos supraindividuais<sup>98</sup>. É possível, de fato, traçar este paralelo. A estrutura (engano-erro-disposição patrimonial) é semelhante. Efetivamente, a vítima (Administração) é instrumentalizada (erro derivado do engano) pelo autor (sujeito solicitante), realizando um ato de disposição patrimonial. A diferença básica entre o estelionato e a fraude de subvenções reside na existência de um fim de fomento de setores ou âmbitos prioritários por razões políticas, associadas ao patrimônio público. Está em jogo, dessa forma, a frustração de fins públicos de fomento por meio de subvenções de conteúdo patrimonial<sup>99</sup>. Raciocínio análogo aplica-se à fraude fiscal<sup>100</sup>: a estrutura do estelionato baseada na sucessão engano, erro e disposição patrimonial prejudicial se reproduz. O prejuízo, neste caso, seria uma colocação em perigo, mais ou menos concreta, das funções que o tributo deve cumprir<sup>101</sup>.

A título de síntese, tem-se que o estelionato clássico, constituído pelo engano em uma interação entre indivíduos, geralmente perpetrado presencialmente, não é suficiente para abarcar todas as manifestações de fraudes patrimoniais contemporâneas, nas quais, muitas vezes, os sujeitos ativos são empresas, o sujeito passivo é indeterminado ou múltiplo, as lesões são difusas, de modo que é difícil ou mesmo impossível quantificar a magnitude dos ataques infligidos<sup>102</sup>. Não obstante, vale lembrar a lição de Roberto Lyra no sentido de que

---

<sup>96</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El delito de defraudación tributaria. *Revista penal*. nº 1. 1998, p.57. MAYER FUX, Laura. Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *Op.cit.*p.309.

<sup>97</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Comentários à lei 7.492, de 16.6.86. 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.171. Entendimento compartilhado por STOCO, Rui. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. A economia popular, a ordem econômica e as relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.277.

<sup>98</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.247-248.

<sup>99</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *Op.cit.* pp.93-101.

<sup>100</sup> Cf. RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. Do direito tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2019, pp.441 e ss.

<sup>101</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *Op.cit.*p.122.

<sup>102</sup> NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Op.cit.*p.201.

o estelionato é a espécie padrão do gênero fraude<sup>103</sup>. Esta observação, além de evidenciar a relevância de se estudar o tipo fundamental da fraude, indica que, a despeito da existência de tipos penais específicos, a ideia essencial do estelionato, qual seja, do engano que causa prejuízo patrimonial, vai muito além do artigo 171 do Código Penal Brasileiro. Com efeito, como bem ilustraram Mayer Fux e Godinho, não há diferença essencial entre o engano acerca do valor de uma sociedade e o engano acerca do valor de um bem qualquer<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> LYRA, Roberto. Estelionato. In: CARVALHO SANTOS, J.M. de (Org.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. v.XXI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s.d, p.53.

<sup>104</sup> MAYER FUX, Laura; GODINHO, Inês Fernandes. La estafa como delito económico. *Op.cit.*p.200.

## CAPÍTULO II – FRAUDE CIVIL E FRAUDE PENAL

Verifica-se, nas últimas décadas, uma tendência de identificar a dogmática com uma produção técnica, cuja função é atender tanto à demanda do profissional do direito, no desempenho de suas funções, quanto à necessidade de uma produção didática massificante, dirigida ao consumo<sup>105</sup>. Tal situação provoca uma “má consciência” no penalista<sup>106</sup>, ao ver seu trabalho<sup>107</sup> ser reduzido ao procedimento de repetição esclarecedora das leis, indo pouco além da exegese dos tipos penais, renunciando ao seu papel na criação do direito. Nesse sentido, Silva Sánchez afirma ser responsabilidade social do penalista acadêmico contribuir para o desenvolvimento de uma dogmática sistematizadora, capaz de superar as fronteiras artificiais entre as partes geral e especial do direito penal<sup>108</sup>.

Tendo em vista esta responsabilidade social, o presente trabalho pretende contribuir para uma mudança de paradigma acerca da compreensão dos limites do estelionato no direito brasileiro. Pois, se, por um lado, é verdade, como apontou Quintero Olivares, que é difícil encontrar algo que já não tenha sido dito sobre o crime em estudo<sup>109</sup>, por outro, também é verdade que a doutrina pátria não foi muito além das propostas já quase centenárias de Hungria<sup>110</sup>. Dessa forma, este capítulo pretende estudar os fundamentos da clássica

---

<sup>105</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.9.

<sup>106</sup> MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.13.

<sup>107</sup> Acerca da relação entre dogmática e prática jurídica, ver: BACIGALUPO, Enrique. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp.13 e ss. CARO-JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara Editores, 2010, pp.24-26.

<sup>108</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Prólogo. In: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p.11. Nesse sentido, Mariângela Gomes aponta para a necessidade de superação de meras análises exegéticas da parte especial do Código penal, “atribuindo-lhe maior cientificidade e coerência”. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre Docência). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.28.

<sup>109</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Mitos y racionalidad en el delito de estafa: apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*. n. 3, 2000, p.45.

<sup>110</sup> Embora não trate especificamente sobre o estelionato, pode-se citar como exceção a obra de Salvador Netto, notadamente em vista da problematização desenvolvida pelo autor acerca do conceito de patrimônio. Ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

discussão entre fraude civil e fraude penal para compreender o estado da questão na doutrina nacional, com a finalidade de, posteriormente, apresentar a nova perspectiva proposta.

## 2.1 Nota histórica

A descrição completa da complexa evolução histórica do estelionato até sua compreensão como delito patrimonial escapa aos objetivos do presente trabalho. Entretanto, faz-se necessário conhecer os traços do desenvolvimento dogmático desse delito para se entender as razões da secular discussão acerca dos limites entre a fraude civil e a fraude penal<sup>111</sup>.

Mario Sbriccoli ensina que a evolução dogmática do estelionato pode ser dividida em três períodos fundamentais: (I) o direito romano; (II) o direito medieval; (III) compreensão do estelionato como delito autônomo, culminando nas codificações do século XIX<sup>112</sup>. No direito romano, é possível identificar duas linhas precursoras do estelionato<sup>113</sup>. Em primeiro lugar, há a *actio doli*. De fato, no direito romano, esta *actio* era concedida à vítima de dolo, isto é, *dolus malus* enquanto vício de consentimento, para anular os efeitos do negócio jurídico já executado. Tratava-se de uma ação penal, exercitável apenas contra o autor do dolo, o qual, se condenado à restituição ou indenização, incorria em *infamia*. Curiosamente, conforme aponta Theodor Mommsen, nenhuma lei dispôs que a ação privada proposta em caso de fraude punível fosse transplantada ao direito penal. Tal mudança teria ocorrido naturalmente em virtude das mesmas relações de correlação existentes entre o ilícito civil e o ilícito penal<sup>114</sup>. Tratando-se de ação penal, o pretor somente admitia a utilização dessa *actio* na falta de outra para alcançar o seu objetivo<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Nesse sentido, VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil. Barcelona: Bosch, 1987, pp.23-24.

<sup>112</sup> SBRICCOLI, Mario. Truffa (storia). In: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Direttore). *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XLV. Itália: Giuffrè, 1992, pp.236 e ss.

<sup>113</sup> ANTÓN ONECA, José. Las estafas y otros engaños. In: *Obras*. Tomo III. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, pp.73-74.

<sup>114</sup> MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Trad. P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976, p.426. Ver também: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. vol.II. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p.298.

<sup>115</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pp.185-186.

Por outro lado, podem ser compreendidos como antecedentes do estelionato: os *crimen furti*, os *crimen falsi* e o *stellionatus*. O conceito de *furtum* entre os romanos era muito amplo, abrangendo qualquer forma de atentado contra o patrimônio alheio, sobretudo se cometidos mediante engano. Assim, era *furtum* uma apropriação indébita, uma subtração, uma violação da posse realizada mediante astúcia etc<sup>116</sup>. Os *crimen falsi* também eram conceitos amplos e imprecisos no direito romano. As tentativas de definição nunca passavam de exemplificações. Com os exemplos deixados nas fontes, todavia, pode-se afirmar que o elemento central do *falsum* era a alteração da verdade. Dessa maneira, o *falsum* punível era aquele que violava a confiança nas relações jurídicas, desde que praticado com intenção ilícita<sup>117</sup>.

Na época do Império, a fraude passa a ser punida como crime extraordinário. Com efeito, após analisar minuciosamente todas as menções ao *stellionatus* nas fontes romanas, Rosa Mentxaka ensaia uma definição: um *crimen extraordinarium* em virtude do qual se pune a conduta fraudulenta e dolosa de uma parte, a qual dá origem a um prejuízo patrimonial a outra parte, sempre e quando dita conduta não esteja expressamente criminalizada. Tal caráter *extraordinarium*, segundo a autora, revela que a origem do *stellionatus* está na necessidade de penalizar certas condutas prejudiciais aos interesses dos credores<sup>118</sup>. Dessa forma, o ilícito de estelionato converteu-se em um “conceito auxiliar para os casos de lesão de direito” para sancionar as hipóteses em que não se configurava exatamente nem o *furtum*, nem o *falsum*<sup>119</sup>.

Na Idade Média, o estelionato preserva seu caráter fluido. De fato, os práticos mantêm a confusão entre falsidade e estelionato, assumindo um conceito de *falsum* que abarca tanto a falsidade propriamente dita como os enganos em prejuízo de terceiro<sup>120</sup>. Friedrich Schaffstein, a propósito, ao estudar o direito penal da época do Humanismo, aponta que os primeiros esboços do princípio *nullum crimen sine lege* não podem ser vistos como uma tendência político-jurídica, pois a indeterminação das fontes do direito comum, a ainda

---

<sup>116</sup> FINZI, Conrado A. *La estafa y otros fraudes*. Buenos Aires: Ediciones, 1961, pp.15-16.

<sup>117</sup> LANGEN, Johannes. *Tatbestand Betrug: Historische Entwicklung und aktuelle Rechtslage*. München: Grin Verlag, 2003, p.2.

<sup>118</sup> MENTXAKA ELEXPE, Rosa María. “Stellionatus”. *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*. Terza Serie: vol. XXX, n.30, 1988, pp.327-328.

<sup>119</sup> ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.73. BÖCKING, Eduard. *Römisches Privatrecht. Institutionen des römischen Civilrechts*. Bonn: Verlag von Max Cohen und Sohn, 1862, p.311.

<sup>120</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Estafas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.20.

obscura relação entre *ius naturale* e *ius divinum* com o *ius scriptum*, o conceito de *crimen extraordinarium*, e a admissão de um tipo geral que supre lacunas, constituído pelo estelionato, impossibilitam uma comparação com os princípios legais e políticos do século XIX<sup>121</sup>.

As imprecisões legais e doutrinárias permanecem por alguns séculos<sup>122</sup>, até que as codificações do século XIX garantiram autonomia ao delito de estelionato<sup>123</sup> como delito patrimonial<sup>124</sup>. Contudo, a autonomia típica não fez desaparecer o caráter historicamente observado de “arma de reserva” ou de “cláusula geral de tutela patrimonial”<sup>125</sup>. Efetivamente, este delito surgiria com a função de preencher as últimas lacunas de punibilidade no sistema de proteção penal do patrimônio<sup>126</sup>. Não por outro motivo, ainda

---

<sup>121</sup> SCHAFFSTEIN, Friedrich. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, pp.108-109.

<sup>122</sup> Feuerbach, a propósito, trata o estelionato (*Betrug*) como falsidade em sentido amplo (*Fälschung im weitern Sinne*). FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, Vater, 1840, p.565. Na Espanha, Pacheco tratava o estelionato como engano análogo ao furto. PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal Concordado y Comentado*. Tomo III. Madrid: Santiago Saunague, 1849, p.350. Sobre o processo de ganho de autonomia do estelionato, ver: ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1985, pp.36 e ss.

<sup>123</sup> Cf. ARTEAGA SANCHEZ, Alberto. *La estafa y otros fraudes en la legislación penal venezolana*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971, p.26. KINDHÄUSER, Urs. Hacia un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación). *Ius puniendi. Sistema penal integral*. vol.01, 2015, p.187.

<sup>124</sup> Antecedentes importantes da concepção do estelionato como delito patrimonial são os seguintes trabalhos: CUCUMUS, Conrad. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*. Würzburg: Franz Ernst Ritribitt, 1820. MERKEL, Adolf. Die Lehre vom strafbaren Betrüge. In: *Kriminalistische Abhandlungen*. v.II. Leipzig: Breitkopt und Särtel, 1867, especialmente pp.56 e ss. Merkel, posteriormente, em seu tratado definiu estelionato como a apropriação antijurídica de um valor patrimonial alheio sem contraprestação por meio de um engano (*Betrug ist die rechtswidrige Zueignung fremder Vermögenswerte ohne Entgelt mittels einer Täuschung*). MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1889, p.328. Para uma síntese da evolução histórica do estelionato nos últimos séculos, com amplas referências, ver: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.29-30.

<sup>125</sup> Cf. MARINI, Giuliano. Truffa. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIX. Torino: Tipografia Sociale Torinese, 1973, pp.865 e ss. SPAGNOLO, Giuseppe. Un nuovo caso di pretesa omnicomprensività della fattispecie di truffa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 25, 1982, p.1638. MUSCO, Enzo. El fraude en la actividad deportiva. *Revista Penal*. n.7, 2001, p.82. A propósito, Vizmanos e Álvarez Martínez definem estelionato (*estafa*) como atos reprovados pela moral e castigados pelo direito, que não são roubos e nem furtos, consistentes em apropriação do alheio contra a vontade do dono por meio de artifícios que surpreendam a boa-fé. VIZMANOS, Tomás María; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Madrid: Establecimiento Tipográfico de J. Gonzales y A. Vicente, 1848, p.490.

<sup>126</sup> Nesse sentido, Joel Samaha propõe, didaticamente, que os diversos crimes patrimoniais devem ser compreendidos segundo uma lógica de “preenchimento de lacunas”. Assim, segundo esse raciocínio, os delitos patrimoniais originais seriam o roubo e a extorsão, caracterizados pelo emprego da violência em sentido amplo (isto é, pela violência física ou grave ameaça) para obtenção de um bem. Estando tais condutas proibidas, restam as hipóteses em que não há qualquer manifestação violenta para subtração da coisa alheia. A forma

hoje o estelionato aparece como tipo capaz de abarcar situações não se ajustam exatamente aos delitos de falsidade<sup>127</sup>.

Somado ao fato de que, em geral, o engano se dá em uma relação negocial, o caráter fluido do estelionato provoca uma séria dificuldade: estabelecer a delimitação entre o dolo – vício de consentimento – civil e o engano configurador do estelionato. Com efeito, a doutrina aponta que muitas vezes questões de natureza civil, como meros inadimplementos, são trazidos ao âmbito penal para, simultaneamente, escapar à lentidão da jurisdição cível e exercer certa “pressão” sobre a parte inadimplente, o que acaba facilitando a resolução do caso<sup>128</sup>.

## 2.2 Tentativas de diferenciação

Ao longo dos últimos séculos, foram formulados diversos critérios para distinção entre a fraude meramente civil e a fraude penalmente punível. Tais critérios variavam desde teorias subjetivas, baseando a configuração do estelionato na intenção do agente, até teorias objetivas, fazendo depender da natureza do meio iludente a existência do crime, passando por uma série de posturas que poderiam ser classificadas como intermediárias<sup>129</sup>.

---

mais evidente de apropriação do alheio, nessas condições, é o furto. Contudo, a criminalização do furto não abrangeria as situações nas quais a coisa é entregue pelo proprietário a um terceiro, o qual, posteriormente, decide não a devolver. Daí decorreria, sempre seguindo a proposição de Samaha, o delito de apropriação indébita. Por fim, haveria os casos em que o proprietário, induzido ou mantido em erro, entrega definitivamente o bem a terceiro, ocorrendo algum tipo de prejuízo. Criminaliza-se, assim, o estelionato. SAMAHA, Joel. *Criminal law*. 10.ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2011, pp.373-374. Ver também: ALBANESE, Jay S. Fraud: the characteristic crime of the twenty-first century. *Trends in Organized Crime*. vol.8, nº 4, 2005, especialmente p.9.

<sup>127</sup> Nesse sentido, Conde-Pumpido aponta que o Tribunal Supremo espanhol adota o seguinte critério de distinção: para que exista falsidade documental, a alteração da verdade deve realizar-se por algum dos meios previstos em lei; assim, quando a mutação da verdade não estiver prevista nos tipos de falsidade, ainda será possível a punição por estelionato. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.28. Ver também: AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 4.ed. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000, pp.16 e ss. AZEVEDO, Noé. *Falsidade e estelionato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, pp.20 e ss.

<sup>128</sup> Nesse sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*p.38. ZANNOTTI, Roberto. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1993, pp.4-5. ARZT, Gunther. A parte especial do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.116. LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. *Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, pp.11-12.

<sup>129</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.49.



### 2.2.1 *Mise-en-scène*

Costuma-se adotar como marco inicial da legislação francesa acerca do estelionato a lei de julho de 1791<sup>130</sup>, cujo artigo 35 estabelecia que quem, por dolo, ou com auxílio de nomes falsos, empreendimentos falsos, ou de crédito imaginário, ou de esperança ou crença quimérica, abusar da credulidade de outrem, obtendo vantagem indevida decorrente de prejuízo alheio, seria processado pelo tribunal distrital; nesse caso, se provado o estelionato (*escroquerie*), poder-se-ia condenar a pessoa a uma pena de prisão não superior a dois anos.

Esta lei, dessa forma, deixou muito nebulosa a fronteira entre o que seria uma mera violação contratual (fraude civil) e o que seria um engano punível criminalmente (fraude penal). De fato, criava-se, em tese, a possibilidade de punição de quaisquer enganos praticados em um contexto negocial, visto que o tribunal chamado a anular um contrato poderia pronunciar a condenação criminal<sup>131</sup>. Por outro lado, temia-se que os julgamentos civis se transformassem em julgamentos criminais com o objetivo de proporcionar à acusação o benefício da prova testemunhal, o que não seria possível em um processo civil<sup>132</sup>.

Tendo em vista os problemas ocasionados pela legislação de 1791, o legislador francês de 1810 reformou a previsão legal do estelionato. De acordo com a Exposição de Motivos do Código, o abuso do procedimento criminal cessaria com a nova lei. Pretendia-se, com a supressão da expressão ‘*dol*’, esclarecer que a configuração do estelionato requer algo mais do que a mera intenção de enganar. A mudança de previsão legal procurava demonstrar que a persecução penal de uma fraude somente teria lugar se houvesse

---

<sup>130</sup> BERNAQUI JAUREGUY, Carlos Alberto. *Op.cit.*p.275.

<sup>131</sup> OTTENHOF, Reynald. *Le droit pénal et la formation du contrat civil*. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1970, p.43. Criticando a amplitude da criminalização, ver: BOITARD, Joseph-Édouard. *Leçons de Droit Criminel*. 9.ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'État, 1867, p.414. DAVID, Louis. *Étude théorique & pratique sur le délit d'escroquerie*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1883, p.5.

<sup>132</sup> Sobre a prova do estelionato, ver: MERLIN, Philippe Antoine. *Recueil alphabétique de Questions de Droit*. Tomo VII. 4.ed. Bruxelas: H. Tarlier, Libraire-Éditeur, 1828, p.6. Planiol afirma que não se justificava uma mudança de qualificação do fato por razões processuais, visto que o processo civil admitiria todos os meios possíveis de prova. PLANIOL, Marcel. Dol civil et dol criminel. *Revue Critique Législation et de Jurisprudence*, Tomo XXII, 1893, p.560.

circunstâncias ou atos antecedentes que excluíssem totalmente a ideia de uma resposta meramente civil<sup>133</sup>.

Nesse sentido, o Código de 1810 estabeleceu o princípio de que a configuração do estelionato requer algo de material, um fato exterior, como o uso de algum aparato ou a intervenção de um terceiro para dar crédito ao que se afirma, enfim, uma *mise en scène*<sup>134</sup>. Distinguir-se-ia, dessa maneira, a simples mentira<sup>135</sup> do artifício, do verdadeiro engano criminoso. Com efeito, segundo Francesco Carrara, grande defensor da teoria fora da França, a mentira, via de regra, não poderia constituir delito, pois, tendo em vista ser tolerável socialmente que os contratantes se enganem reciprocamente para defender seus interesses contrapostos, ninguém deveria crer sempre na palavra do outro. Por outro lado, nos casos em que se verificar uma *mise en scène*, ainda segundo Carrara, estariam completos os elementos da criminalidade: subjetivamente, tem-se mostra de uma maior astúcia por parte do autor, o que revela maior temibilidade; objetivamente, o aparato exterior torna mais aceitável a credulidade da vítima<sup>136</sup>.

Com a reforma legislativa, parte da doutrina deu a questão da distinção entre dolo civil e engano criminoso como superada. Larombière, bem como Demolombe, por exemplo, afirmavam que “*dol civil*” e “*dol criminel*” não se confundiam: o último deveria reunir

---

<sup>133</sup> FAURE *et al.* Motifs Du Livre III, Titre II, Chapitre II. In: *Code Pénal*, édition conforme a l'édition originale du Bulletin des Lois; précédé de l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'État, sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une Table alphabétique des Matères. Paris: Garnéry, Libraire, 1810, pp.115-116.

<sup>134</sup> A expressão *mise en scène*, cuja origem remete ao teatro francês, indica uma performance compreendida como um sistema de sentidos controlada por um diretor. Em outras palavras, a *mise en scène* compreende um arranjo de aspectos sensoriais (principalmente visuais) para direcionar a percepção e a compreensão de uma mensagem. Cf. PAVIS, Patrice. *Dictionary of the Theatre: terms, concepts, and analysis*. Toronto: University of Toronto Press, 1998, p.363. MURRAY, Michael D. *Mise en Scène and the Decisive Moment of Visual Legal Rhetoric*. *Kansas Law Review*. v.68, 2019, p.259. Sobre a origem da expressão, ver: DORT, Bernard. *O teatro e sua realidade*. São Paulo: Perspectiva, 1977, p.65.

<sup>135</sup> Como bem aponta Planiol, a lei francesa admitia a simples mentira como meio idôneo de estelionato em duas situações: uso de falso nome ou uso de falsa qualidade. PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. vol.II. 5.ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1909, p.360, nota 3. Louis David aponta que a simples mentira poderia, excepcionalmente, ser bastante para a configuração de um estelionato, desde que houvesse um abuso de prestígio por parte de quem emite uma afirmação falsa. Cf. DAVID, Louis. *Op.cit.*pp.57-58. Ver também: BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*, v.XXIV, 2011, pp.69 e ss.

<sup>136</sup> CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Dettato nella r. Università di Pisa. v.IV. 2.ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1869, pp.506-513. No Brasil, defendendo ideia semelhante, afirmava Vieira de Araújo que “a ilusão deve acompanhar a *aparência de uma prova* também *ilusória* ou falaz, apta a surpreender, a engendrar uma convicção errônea, a mentira pura não é artifício sem o aparato externo que a revista de credibilidade”. ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. vol.II. Brasília: Senado Federal, 2004, pp.256-257.

características prescindíveis para a configuração do primeiro. Assim, para se anular um contrato por vício de consentimento, não seria necessário demonstrar os elementos constitutivos do estelionato, previstos no artigo 405 do Código Penal de 1810; bastaria a configuração de alguma manobra que tenha surpreendido e enganado quem consentiu<sup>137</sup>. Bédarride, por seu turno, propunha que o engano se degenerava em delito quando as manobras fraudulentas empregadas fossem sérias o suficiente para a ordem pública exigir algo além de uma reparação civil<sup>138</sup>.

Segundo Planiol, posturas como as de Larombière, Demolombe e Bédarride eliminam a questão sem resolver o problema: não esclarecem o que torna o dolo (*dol*) uma fraude (*escroquerie*)<sup>139</sup>. De fato, a despeito da supressão do termo “dol”, o Código de 1810 não tornou mais claras as fronteiras do estelionato. Talvez o exemplo mais evidente da persistência do problema seja a Circular do Ministério da Justiça Francês de 30 de maio de 1863, a qual recomendava que os membros do *Parquet* não confundissem a tentativa de estelionato propriamente dito com as manifestações do dolo civil ou comercial<sup>140</sup>. Com efeito, como muitos reconheceram, o uso de um aparato capcioso não implica necessariamente a existência de uma fraude penal: o objetivo das manobras fraudulentas é fazer a vítima acreditar em um estado de coisas que a determine a fazer o que não teria feito se não tivesse sido enganada. Logo, para configuração do estelionato, requer-se que os atos praticados sejam o resultado de uma combinação preparada para enganar e surpreender a confiança, de modo que, se a vítima puder verificar facilmente as afirmações do autor, as manobras fraudulentas não devem ser punidas<sup>141</sup>.

Além da incapacidade de efetivamente delimitar o que seria um engano constitutivo de um delito, a doutrina apontou ainda uma crítica fundamental ao modelo objetivo francês:

---

<sup>137</sup> LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & Pratique des Obligations*. Tomo I. Paris: A. Durand, Librairie, 1857, p.80. DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Tomo XXIV. Paris: August Durand Libraire, 1868, pp.154-155.

<sup>138</sup> BÉDARRIDE, Jassuda. *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*. Tomo I. Bruxelas: Meline, Cans & Cie, 1854, pp.4 e 80. No mesmo sentido, Chardon entendia que o dolo degenerava em delito se empregado em alguma das hipóteses previstas no artigo 405 do Código Penal Francês de 1810. CHARDON, Olivier-Jacques. *Traité du dol et de la fraude*, en matière civile et commerciale. Tomo I. Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1838, pp.5-7.

<sup>139</sup> PLANIOL, Marcel. Dol civil et dol criminel. *Op.cit.*p.545.

<sup>140</sup> Cf. DUTRUC, Gustav. *Le Code Pénal Modifié par la Loi du 18 avril (13 mai) 1863*. Paris: Cosse et Marchal, 1863, pp.168 e ss.

<sup>141</sup> DAVID, Louis. *Op.cit.*pp.60-61.

as formas de engano estavam previstas no rol do artigo 405; dessa maneira, a impunidade seria a recompensa para o estelionatário engenhoso, capaz de encontrar um modo de enganar não previsto pelo legislador. Nesse sentido, Berlet apontou que inumeráveis casos poderiam ser citados em que o magistrado se viu obrigado a não condenar, embora a fraude fosse evidente<sup>142</sup>. De fato, como exemplifica Planiol, seria criminalmente punido aquele que se atribui falsamente uma função administrativa a fim de obter uma vantagem indevida em prejuízo alheio; por outro lado, não constituiria estelionato atribuir-se falsamente uma influência junto a um membro do governo com o mesmo objetivo de obter vantagem ilícita<sup>143</sup>.

### 2.2.2 Objeto do engano

Uma outra forma de se procurar os limites entre a fraude civil e a fraude penal foi proposta por Giovanni Battista Impallomeni. Segundo o autor, a distinção entre as fraudes não poderia ser encontrada em aspectos subjetivos dos envolvidos. Propõe, assim, uma análise objetiva da questão, diferente, contudo, da *mise en scène*. A teoria francesa é rejeitada porque o meio empregado pode graduar o dano, mas não o pode criar. Utilizando a técnica das comparações como forma de argumentação, algo recorrente em sua obra, Impallomeni afirma: se, em decorrência do meio empregado, quem obtém uma coisa por meio de uma “fraude risível” deve ficar impune, também não mereceria punição quem furta bem de uma casa aberta e sem custódia<sup>144</sup>.

Para apresentar sua proposta, o autor apresenta duas situações semelhantes. Em um primeiro caso, A conclui com B um contrato para aquisição de 100 unidades de um produto da melhor qualidade disponível no mercado; entretanto, B, intencionalmente, mistura 10 unidades de qualidade inferior, as quais passam despercebidas no meio das 90 restantes; A não verifica os produtos recebidos e B cobra o valor de 100 unidades da melhor qualidade. Em outra situação, A e B negociam o mesmo produto; entretanto, dessa vez, o valor é

---

<sup>142</sup> Cf. BARROWS, Samuel J. *Seventh International Prison Congress held at Budapest, Hungary, September, 1905*. Washington: Government Printing Office, 1907, p.36.

<sup>143</sup> PLANIOL, Marcel. *Dol civil et dol criminel*. *Op.cit.*p.569.

<sup>144</sup> IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Della frode punibile*. Palermo: Stabilimento Tipografico Virzi, 1880, pp.3-8.

combinado em função da massa da mercadoria; B fraudava a pesagem, entregando menos do que A compra. Impallomeni afirma que, do ponto de vista subjetivo, as duas situações são idênticas. Todavia, apenas a segunda constituiria um estelionato. Com efeito, conclui o autor, a configuração do crime depende do objeto do engano: há delito quando o erro recai sobre a existência de uma coisa; não há delito, por outro lado, se o erro recai sobre a existência de uma qualidade acessória da coisa<sup>145</sup>.

A distinção proposta não vale apenas para os negócios bilaterais, sendo aplicável também às hipóteses de fraudes no recebimento de doações. De fato, se alguém se passa por representante de uma entidade cujo propósito é socorrer vítimas de uma catástrofe natural, mas desvia os recursos doados para si, comete estelionato, pois falta o objeto, o motivo determinante da liberalidade, qual seja, a assistência aos necessitados<sup>146</sup>.

O critério de Impallomeni não se confunde com a distinção civilista entre erro essencial e erro accidental. Segundo a doutrina do direito civil, o erro essencial ou principal tem como objeto a causa ou o motivo determinante da realização do negócio jurídico, de modo que o contrato não teria sido concluído se as circunstâncias fáticas fossem inteiramente conhecidas<sup>147</sup>. Já o erro accidental é o que recai sobre motivos ou qualidades secundárias do objeto, não alterando a validade do negócio, visto que não é presumível um comportamento diverso por parte do agente se fossem outras as circunstâncias<sup>148</sup>.

Efetivamente, um erro – decorrente de engano – pode recair sobre aspectos secundários de um contrato e, ainda assim, provocar um ato de disposição prejudicial por parte da vítima, o que configuraria, em tese, um estelionato, ao passo que, na esfera civil, configurar-se-ia apenas um caso de dolo accidental, visto que, embora por outro modo, o negócio teria sido realizado, apesar desse defeito no negócio jurídico. Roberto Zannotti traz exemplo esclarecedor de como um erro incidental não é suficiente para a não configuração de uma fraude penalmente punível: uma pessoa adquire um bem de que precisa, pagando, todavia, um preço muito superior ao valor normal de mercado; esse acréscimo de valor,

---

<sup>145</sup> IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Op.cit.*pp.21-22.

<sup>146</sup> IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Op.cit.*p.24.

<sup>147</sup> BINDI, Francesco. *Le obbligazioni e i contratti*. Prato: Tipografia Giachetti, Figlio, 1896, p.16.

<sup>148</sup> Cf. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Tomo II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro-Editor, 1880, pp.363-364. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.I. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.435.

conhecido pelo adquirente do produto, seria destinado a uma causa social específica; se o valor acrescido for desviado, por exemplo, para enriquecimento pessoal do vendedor, haverá, segundo Zannotti, estelionato, embora, sob a ótica civil, poder-se afirmar apenas um dolo acidental<sup>149</sup>.

Impallomeni utiliza as lições de Marcus Tullius Cicero para demonstrar a não coincidência entre sua proposta e a classificação civilista dos tipos de erros. Cicero, no livro III de seu *De officiis*, afirma que alguém obter alguma vantagem causando prejuízo alheio é mais contrário à natureza do que qualquer outra coisa que possa acontecer com seu corpo ou seus bens. Com efeito, embora a natureza permita que cada um prefira garantir para si ao invés de para terceiro os meios para suprir as necessidades da vida, seria uma violação das leis naturais o aumentar a própria riqueza às expensas de outros. Tal conduta, se praticada de maneira generalizada, destruiria a “sociedade da raça humana”<sup>150</sup>. Estabelecido seu ponto de vista, Cicero apresenta alguns exemplos de como a fraude pode se manifestar e ser prejudicial para as vítimas. Em um primeiro momento, traz casos de enganos perpetrados por meio de reticências: (I) alguém compra uma enorme quantidade de milho de Alexandria e leva o produto para Rodes, onde o grão, por causa da escassez de alimentos, está com alto valor; contudo, esta pessoa sabe que vários navios estão transportando milho de Alexandria para Rodes e devem chegar em breve; logo, com a chegada dos demais navios, o milho perderia um pouco do seu valor; deve o comerciante informar que novas cargas de milho estão chegando? (II) alguém decide vender sua própria casa, após descobrir problemas estruturais no imóvel; deve informar o vício ao futuro comprador? Cicero, após reprovar tais condutas enganosas<sup>151</sup> e, por isso, contrárias à natureza, pergunta-se retoricamente: se é reprovável omitir informações, o que dizer de quem mente? E é nesse ponto que apresenta o caso analisado após dois milênios por Impallomeni. Cicero conta a história de Gaius Canius, romano de alta classe social, que foi para Siracusa para descansar. Lá chegando, fez saber que gostaria de adquirir terras no local, para poder receber amigos e convidados. Tal

---

<sup>149</sup> ZANNOTTI, Roberto. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1993, p.52.

<sup>150</sup> CICERO, Marcus Tullius. *On Duties*. GRIFFIN, M.T.; ATKINS, E.M (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p.108.

<sup>151</sup> CICERO, Marcus Tullius. *Op.cit.*pp.118-120. Neste ponto da obra, Cicero apresenta a famosa discussão entre Diogenes e Antíparo. O primeiro afirma que ninguém tem o dever de corrigir eventuais erros das outras partes em relações comerciais; o segundo, por sua vez, diz que uma pessoa honesta deve sempre agir com retidão, inclusive nos casos comerciais, corrigindo as falsas percepções das outras partes. Sobre as consequências práticas dessas distintas perspectivas filosóficas, ver: KERR, James M. Diogenes or Antipater, which? *Chicago Law Times*, v.18, 1888, pp.18 e ss.

informação chegou aos ouvidos de Pythius. Este decidiu convidar Canius para um jantar. Pythius contratou vários pescadores para ficarem posicionados, como se estivessem pescando, em determinados pontos. Durante o jantar, Canius mostra-se admirado com a quantidade de pescadores no local. Pythius explica que isso não deveria causar surpresa, pois todos os peixes de Siracusa estão nessa região. Impressionado, Canius decide comprar o local. Pythius parece relutante, mas, ao final, acaba fechando o negócio por um alto valor (o qual, evidentemente, incluía a piscosidade da região). Já no dia seguinte, chegando ao local, Canius surpreende-se com a ausência total de pescadores. Indaga um vizinho sobre o motivo de os barcos não terem aparecido. E recebe a resposta: “Nunca há pescadores na região. Não sei o que aconteceu ontem”<sup>152</sup>.

Impallomeni afirma que a *mise en scène* realizada por Pythius fez com que Canius aceitasse pagar um valor superior ao preço justo, sofrendo, portanto, um prejuízo. A interpretação mais plausível do caso narrado por Cícero é a de que Canius teria comprado o terreno ainda que não houvesse sido enganado acerca da abundância de peixes no local; tal crença serviu apenas para aumentar o preço do bem adquirido, pois Canius acreditava comprar um objeto – terreno – com uma qualidade acessória – piscosidade. Sob a ótica do direito civil, pode-se falar em dolo acidental, não em *dolus dans causam*. Logo, o prejuízo sofrido, consistente na diferença entre o preço combinado e o preço justo, seria ressarcido civilmente<sup>153</sup>. Entretanto, seguindo uma interpretação um pouco menos provável, ainda que a causa determinante do negócio fosse a presença de peixes na região, ou seja, ainda que se tratasse de um *dolus dans causam*, não se deveria reconhecer a existência de um estelionato, não obstante o prejuízo sofrido em decorrência de um engano. Com efeito, o objeto imediato da compra, isto é, o terreno, existia e foi entregue. Por mais que a piscosidade tenha sido determinante para que Canius fechasse o negócio, não se pode confundir essa qualidade acessória com a coisa em si<sup>154</sup>.

Concluindo sua exposição, Impallomeni esclarece que seu critério está em harmonia com a concepção geral de delitos contra a propriedade: para a configuração de um delito não basta o ataque ao direito de propriedade; é necessário um agir humano voluntário que consista na negação de tal direito. Assim, por exemplo, se alguém deseja comprar um cavalo

---

<sup>152</sup> CICERO, Marcus Tullius. *Op.cit.*pp.121-122.

<sup>153</sup> IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Op.cit.*p.11.

<sup>154</sup> IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Op.cit.*p.23.

jovem e acaba recebendo um cavalo velho, ou, para retomar Cicero, alguém quer adquirir uma região com rica vida marinha, mas acaba comprando uma localidade próxima a um mar estéril, há, efetivamente, nos dois casos, uma ofensa ao direito de propriedade; entretanto, este não é negado, pois existe a coisa que se tinha em vista. Por outro lado, se se adquire uma quantidade de produto com fraude na pesagem, paga-se por algo que não se recebe. Nesse caso, o direito de propriedade não estaria apenas vulnerado, mas sim destruído, visto que se consuma uma verdadeira perda<sup>155</sup>.

Duas críticas podem ser apontadas ao critério de Impallomeni. Em primeiro lugar, nem sempre é tão clara a distinção entre qualidade acessória e coisa em si. Nesse sentido, Arrigo Dernburg, ao tratar do tema das obrigações impossíveis, as quais são necessariamente nulas, pois o impossível não pode ser prestado, oferece como exemplo de impossibilidade relativa, isto é, aquela que, embora possível em abstrato, é irrealizável em concreto, o caso em que se promete entregar um cavalo morto<sup>156</sup>. Pensando nos termos propostos por Impallomeni, pode-se indagar se a vida é uma qualidade acessória do cavalo ou se é o próprio cavalo. O que é existência em si e o que é qualidade acessória, como evidencia o exemplo de Dernburg, vai depender de como é realizado o negócio. Dessa forma, se, por exemplo, o cavalo é adquirido para fins reprodutivos ou de uso em competições, a vida é elemento essencial; por outro lado, se a destinação for alimentar ou mesmo expositiva, o corpo pode ser suficiente para adimplir a obrigação. Em outras palavras, a diferença entre existência em si e qualidade não depende da coisa, mas sim das circunstâncias e finalidades negociais.

Uma segunda crítica aponta que Impallomeni, na verdade, não nega a existência de prejuízo nos casos em que o engano recai sobre o que é acessório ao negócio. Não nega sequer a ofensa ao direito patrimonial nesses casos. Logo, seu critério trata de uma questão relativa à quantidade de dano, o que só pode ter influência no *quantum* da pena, não sendo apto a determinar a existência ou não de um estelionato<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Op.cit.*pp.26-27.

<sup>156</sup> DERNBURG, Arrigo. *Diritto della Obbligazioni*. Trad. Francesco Bernardino Cicala. 6.ed. Torino: Fratelli Bocca, Editori, 1903, p.58.

<sup>157</sup> FINZI, Conrado A. *Op.cit.*p.62. Ver também: GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *Op.cit.* p.19.



### 2.2.3 Reparabilidade do dano

Raffaele de Notaristefani entende que nem a diferença entre *dolus causam dans* e *dolo incidens*, nem aquela entre erro sobre qualidade essencial ou erro sobre qualidade acessória possam ter qualquer influência sobre a punibilidade da conduta, pois não se pode negar, em qualquer dessas hipóteses, o dolo (intenção de enganar) e o dano (prejuízo patrimonial)<sup>158</sup>. A fraude punível, segue o autor, é aquela em que o engano recai sobre alguma relação decisiva para a realização de uma eventual ação civil para reparação do dano. Assim, por exemplo, haveria estelionato na hipótese em que alguém, na celebração do contrato, engana acerca do próprio nome ou domicílio, com a intenção de tornar impossível uma persecução jurídica para reparação civil do prejuízo decorrente do negócio. Também configuraria estelionato o caso de quem simula ter muito crédito para obter vultosos empréstimos, pois a insolvência impediria a reparação civil do dano causado<sup>159</sup>.

Quanto aos casos de irreparabilidade do dano por insolvência, Hungria afirma que o critério de Notaristefani é um reflexo do postulado da Escola Positiva sobre a temibilidade do agente. Trata-se, contudo, ainda de acordo com Hungria, de um raciocínio imperfeito, o qual só pode ser aceito *cum grano salis*, pois a solvabilidade do agente não exclui a sua temibilidade<sup>160</sup>.

Desde uma perspectiva mais ampla, pode-se afirmar que os exemplos de Notaristefani, na verdade, consistem em dificuldades práticas para eventuais reparações. Com efeito, embora a ideia de dano como condição necessária para imposição de alguma

---

<sup>158</sup> NOTARISTEFANI, Raffaele de. *Ancora la frode punibile*. Roma: Tipografia Nazionale di G. Bertero, 1897, p.14.

<sup>159</sup> NOTARISTEFANI, Raffaele de. *Op.cit.*pp.7-8. Em sentido bastante próximo, Claus Roxin, após firmar entendimento de que nem toda quebra contratual deve dar ensejo a uma persecução penal, afirma que o “furto e o estelionato recebem tratamento mais severo, porque o autor aqui, em regra, desaparece, ou não dispõe de meios, ou sabe esquivar-se de uma indenização, de modo que uma demanda civil é frequentemente sem sentido”. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.35.

<sup>160</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.54.

medida de restrição de liberdade<sup>161</sup> seja bastante flexível<sup>162</sup>, os contornos de um dano podem ser delimitados. Nesse sentido, Joel Feinberg aponta que o dano apto a ensejar responsabilidade criminal consiste na piora de um interesse legítimo de alguém por meio de uma conduta antijurídica<sup>163</sup>. O dano do estelionato, de acordo com Notaristefani, é um prejuízo patrimonial. Seria, portanto, possível a reparação<sup>164</sup>, ou seja, pode-se, em tese, restaurar a condição inicial do interesse ilicitamente lesado, a despeito de eventuais complicações de ordem prática. Nesse sentido, pontua Rocco, se a irreparabilidade depende de circunstâncias acidentais, não há propriamente qualquer critério para dizer se um dano é ou não reparável<sup>165</sup>.

#### 2.2.4 Comportamento da vítima

Com forte amparo nas fontes romanas, Carmignani propunha que a linha divisória entre os campos civil e criminal no caso do *dolus* deveria ser traçada de acordo com a existência ou não de uma “pequena impostura”: a configuração do estelionato requer, assim, uma impostura apta a iludir a perspicácia de uma pessoa astuta. Consequentemente, nos

---

<sup>161</sup> Ver: PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct. The harm principle, its limits and continental counterparts*. Springer: New York, 2007, *passim*. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.37 e ss. As origens filosóficas do *harm principle* podem ser encontradas em: MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, pp.26 e ss. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, pp.131 e ss. A propósito, ver as críticas ao pensamento destes filósofos em: IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tomo I. Trad. Heder k. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, pp.354 e ss.

<sup>162</sup> DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998. HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999. SMITH, Steven D. Is the harm principle iliberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006. SIMESTER, A. P., VON HIRSCH, Andrew. Remote harms and non-constitutive crimes. *Criminal Justice Ethics*, v.28, 2009. SOOD, Avani Mehta; DARLEY, John M. The plasticity of harm in the service of criminalization goals. *California Law Review*. v.100, 2012.

<sup>163</sup> FEINBERG, Joel. *Harm to others. The moral limits of the criminal law*. New York: Cambridge University Press, 1984, pp.33-35.

<sup>164</sup> Cf. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001, p.68.

<sup>165</sup> ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Roma: Fratelli Bocca Editori, 1913, pp.422-423.

casos em que a fraude é facilmente perceptível, desvendável com apenas um pouco de atenção, configurar-se-ia apenas um dolo civil<sup>166</sup>.

Karl Geib, por sua vez, entendia que a perspicácia da vítima deveria ser valorada sob dois pontos de vista. Com efeito, indagando acerca da conveniência em se estabelecer um padrão de prudência a fim de distinguir a fraude civil da penal, pergunta-se se, caso se aceite estabelecer algum padrão, qual deveria ser o critério adotado. A questão é relevante, pois de sua resposta depende a possível desproteção penal de muitas pessoas de boa-fé. Assim, o autor propõe duas diretrizes para se determinar a configuração de um engano típico do estelionato. A primeira regra seria a seguinte: a fraude, grosseira ou refinada, é punível sempre que o fraudado não puder, segundo o teor das ideias dominantes no povo, esperar um engano. A segunda regra proposta estabelece que, em casos nos quais se deva esperar algum engano, a fraude somente seria punível se, ainda que tivesse o fraudado agido com sua prudência habitual, o engano fosse inevitável. Em outras palavras, em todo caso em que o fraudado, renunciando à prudência habitual, a qual seria apta a evitar o engano, não há crime, embora seja possível a reparação civil<sup>167</sup>.

O pensamento de Geib foi criticado por Groizard. Este último entendia que, com Geib, o estelionato deixava de ser um ente jurídico, cujos elementos podem ser descritos na lei. Dessa maneira, segue Groizard, o estelionato não nasceria de uma violação voluntária de um direito patrimonial, não seria produto do dolo do agente nem da forma de execução por este escolhida; enfim, não seria um delito em si, com características próprias, permanentes e constantes, pois um mesmo ato poderia ser ou não criminoso a depender das aptidões e capacidades do sujeito passivo<sup>168</sup>.

Adotando uma perspectiva mais generalista, Joseph Louis Elzéar Ortolan, ao tratar da fronteira entre o direito penal e o civil, salienta que há lesões contra as quais todos têm possibilidade de se defender por meio do mero uso de suas faculdades individuais. Assim, a prudência ordinária, o proceder com o cuidado comum na condução de um negócio, por exemplo, seriam suficientes para evitar lesões de direitos. Dessa forma, todos seriam responsáveis por sua aptidão para agir com o cuidado individual esperado. No caso em que

---

<sup>166</sup> CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di Diritto Criminale*. Milano: Francesco Sanvito, Editore, 1863, p.403.

<sup>167</sup> GEIB, Karl Gustav. Dei limiti, che separano la frode civile dalla criminale. In: MORI, F.A. (Org.). *Scritti germanici di diritto criminale*. Tomo III. Livorno: Andrea Nanni Editore, 1847, pp.348-360.

<sup>168</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *Op.cit.*p.16.

o indivíduo aja como deveria agir e, ainda assim, seja vítima de uma lesão, a resposta jurídica deverá limitar-se a exigir alguma forma de reparação ao dano sofrido. Em outras palavras, o caso será um problema de direito civil, pois este tipo de intervenção jurídica seria suficiente para a conservação do bem-estar social. Por outro lado, há lesões contra as quais os meios normais de defesa mostram-se insuficientes. Seriam os casos de violência, traição, artifícios em geral, contra os quais a prudência ordinária não basta. Nesses casos, seria papel da sociedade garantir o interesse das pessoas lesadas, visto que tais lesões não repercutem apenas na esfera privada da vítima, mas também na esfera pública, pois constituem um desafio ao sistema de proteção social. Por isso, nessas condições, a pena seria necessária<sup>169</sup>.

Seguindo a orientação de Ortolan, desde uma perspectiva voltada aos crimes patrimoniais, Enrico Pessina afirmava que a atividade patrimonial, fundamentada no princípio da liberdade individual, deve ser protegida pelo direito. A fraude seria a violação da boa-fé, a qual deve reger as relações econômicas, e tal violação dividir-se-ia em fraude civil e fraude penal. Tendo em vista que todo indivíduo deve governar seus próprios interesses com diligência, a qual consiste em usar todos os modos que a lei ofereça para assegurar os próprios direitos, não se pode invocar o direito para reparar o prejuízo sofrido por quem não age com a cautela esperada. Por outro lado, se o indivíduo age como um “diligente pai de família” e, ainda assim, sofre um prejuízo patrimonial decorrente do engano, estaria configurada a fraude penal<sup>170</sup>. Se assim não fosse, estelionato poderia ser qualquer ato que não fosse rigorosamente honesto<sup>171</sup>.

Este entendimento foi bastante criticado por diversos autores. René Garraud, por exemplo, afirmava que o critério da “prudência ordinária” é “insuficiente e perigoso”. Com efeito, embora a fraude consista em um erro produzido pelo emprego de certas manobras fraudulentas, definir a fraude punível a partir da natureza dos meios utilizados para

---

<sup>169</sup> ORTOLAN, Joseph Louis Elzéar. *Éléments de Droit Pénal*. Pénalite. Jurisdiction. Procédure. 4.ed. Tomo I. Paris: Maresq Ainé, Éditeur, 1875, pp.252-253.

<sup>170</sup> PESSINA, Enrico. *Trattato di Penalità Speciale secondo le leggi delle due Sicilie*. Napoli: Stabilimento Tipografico dei Classici Italiani, 1859, p.84. No Brasil, este entendimento foi adotado por Viveiros de Castro. Ver: VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Sentenças e decisões em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896, pp.20-21.

<sup>171</sup> LESSONA, Silvio. *Elementi di Diritto Penale Positivo*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1887, p.239.

provocação do erro seria um equívoco da doutrina. A fraude produzida com o intuito de se apropriar de bem alheio, abarca todos os artifícios, todas as manobras<sup>172</sup>.

Ferdinando Puglia também rechaçou o critério da prudência ordinária como elemento de diferenciação entre os tipos de fraude. Segundo o autor, deve-se levar em consideração o estado intelectual da pessoa ofendida. Dessa forma, haveria estelionato quando a vítima estivesse, por sua natureza e cultura, em tal condição mental que, ainda que tivesse adotado a prudência ordinária, seria difícil evitar o engano ou a surpresa. Entendimento contrário traria a consequência indesejável de que o engano grosseiro, ainda que, de fato, engane a vítima, não constituiria elemento do estelionato, deixando os mais débeis sem proteção penal<sup>173</sup>. Era o mesmo entendimento de Galdino Siqueira, o qual afirmava que o critério da prudência ordinária constituiria verdadeira contradição no sistema penal brasileiro. Com efeito, segue o autor, a regra é que a restrição da possibilidade de defesa da vítima agrava o delito, mas, no estelionato, ao se adotar o critério do homem médio, a lógica seria invertida, pois a menor possibilidade de defesa decorrente da inferioridade intelectual da vítima “levaria antes a exonerar o burlão”. Além disso, a escolha da vítima e das suas condições individuais é uma parte da habilidade do delinquente<sup>174</sup>, motivo pelo qual a não condenação do engano grosseiro poderia servir como incentivo à criminalidade<sup>175</sup>.

### 2.2.5 Critério subjetivo

Destacados representantes dos critérios subjetivos de diferenciação foram Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, em Portugal, e Adolphe Chauveau e Faustin Hélie, na

---

<sup>172</sup> O autor, após afirmar que os esforços dos penalistas em encontrar um critério geral diferenciador das fraudes têm sido em vão, propõe uma espécie de diretriz interpretativa. Segundo Garraud, o que a lei penal pune não é o engano na conclusão de um negócio, nem a deslealdade em sua execução; pune-se, na verdade, a apropriação do bem alheio por meio do uso dessas práticas desonestas. Portanto, conclui o autor, os domínios do direito penal e do direito civil estariam bem delimitados: a lei penal pune o atentado à propriedade alheia praticado por fraude, deixando ao direito civil as questões envolvendo as convenções entre as partes. GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Tomo V. 2.ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901, pp.342-343.

<sup>173</sup> PUGLIA, Ferdinando. *Manuale Teorico-Pratico di Diritto Penale*. vol. II. Parte Speciale. Napoli: Stab. Tipografico Cav. A. Tocco, 1895, pp.372-373. E, como ressaltou posteriormente Vincenzo Manzini, tal desproteção decorreria de uma distinção que a lei não faz entre *magna* e *parva calliditas*. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. v.IX. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952, p.587.

<sup>174</sup> Cf. SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*pp.69-70. VON HENTIG, Hans. *Op.cit.*pp.211 e ss.

<sup>175</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. v.II. Brasília: Senado Federal, 2003, pp.759-760.

França. Segundo os autores, existem duas espécies de dolo: o civil e o criminal. O primeiro compreenderia em geral a astúcia e o artifício que, embora reprováveis, seriam empregados menos para causar prejuízo alheio do que para atender a um interesse legítimo, o ânimo de lucro. Seria o caso do emprego de simples mentiras, de simulação em contratos, do exagero acerca do preço ou da qualidade da coisa negociada. O direito penal não deveria intervir nesses casos, pois, apesar de certa imoralidade, além de tais condutas constituírem manobras das quais a vítima pode facilmente se defender, a persecução penal destas arruinaria a segurança das convenções. Já o dolo criminal, por outro lado, caracteriza-se, de acordo com os autores, não apenas pelo emprego da astúcia ou do artifício, mas sim pelo uso de manobras fraudulentas, tendentes a enganar. Em outras palavras, o dolo criminal procura, para além da satisfação do ânimo de lucro, prejudicar interesse alheio<sup>176</sup>.

Semelhante é o raciocínio de Gennaro Natale. De acordo com o autor, o dolo, civil ou penal, produz um dano. Entretanto, o dolo penal produz um dano como consequência da determinação de lesar a pessoa da vítima, por meio da violação de um direito reconhecido. Por outro lado, o dolo civil produz um dano que é consequência do mero objetivo de obter vantagem, ainda que por meio do emprego de algum engano contra a vítima, mas sem a finalidade principal de ofendê-la<sup>177</sup>.

No âmbito do direito privado italiano, semelhante era a concepção de Luigi Borsari. Segundo o autor, o dolo contratual era da mesma natureza do dolo criminal. Entretanto, podem ser diferenciados: no dolo na ordem penal, a conduta praticada é proibida e punível; na ordem contratual, o ato é lícito, honesto, protegido pela lei. Seriam exemplos desse último o dolo empregado em uma compra e venda. No primeiro caso, os meios empregados procuram subverter o direito fundamental da sociedade; no segundo, procura-se um fim jurídico, embora praticado com auxílio de meios desleais e reprováveis<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> SILVA FERRÃO, Francisco António Fernandes da. *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Portuguez comparado com o Código do Brazil, Leis Patrias, Codigos e Leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*. vol. VIII. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, pp.123-124. CHAUVEAU, Adolphe; HÉLIE, Faustin. *Théorie du Code Pénal*. Tomo V. 5.ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872, p.348. No mesmo sentido, SOARES, Oscar de Macedo. *Código da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Brasília: Senado Federal, 2004, p.687.

<sup>177</sup> NATALE, Gennaro. *Del dolo e della frode penale, civile, e commerciale e dei relativi rimedi giuridici*. Salerno: Stabilimento Tipografico Nazionale, 1878, p.14.

<sup>178</sup> BORSARI, Luigi. *Commentario del Codice Civile Italiano*. Volume terzo, parte seconda. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1877, p.205.

As tentativas de distinção com base em elementos subjetivos foram bastante criticadas por Groizard. Referindo-se especificamente aos trabalhos de Chauveau e Hélie, e de Natale, Groizard afirma que, quando alguém substitui a boa-fé pela má-fé com o intuito de obter algum lucro ilícito, não seria possível alcançar esse resultado sem prejuízo de terceiro. O aumento patrimonial de um é decorrência da diminuição patrimonial de outro. Não seriam possíveis, portanto, atos contra o patrimônio alheio que tenham por fim um enriquecimento injusto sem causar prejuízo alheio. Especificamente ao pensamento de Natale, Groizard acrescenta que não existe matéria criminal em que não haja violação de direito, e não há direito algum que não surja de ou afete a personalidade humana. Assim, conclui o autor, se os ataques ao patrimônio são criminalizados, isso se deve precisamente ao fato de que é um direito inerente à personalidade o gozo das coisas que estão sob seu domínio<sup>179</sup>.

### 2.3 A questão na doutrina nacional

Nelson Hungria foi o autor brasileiro que tratou mais detalhadamente do tema da distinção entre a fraude civil e a fraude penal<sup>180</sup>. O autor procura investigar a possibilidade da diferenciação partindo de considerações acerca da ilicitude. Dessa forma, seguindo uma lógica dedutiva, Hungria estuda as diversas tentativas de estabelecimento de critérios científicos para categorizar os tipos de ilícitos<sup>181</sup>, para, em um segundo momento, verificar se é possível encontrar algum critério cientificamente válido aplicável ao caso específico do estelionato.

---

<sup>179</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *Op.cit.* pp.11-12.

<sup>180</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal. Op.cit. passim.* HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal.* vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955, pp.159 e ss.

<sup>181</sup> A propósito, ver: HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo.* v. 1, n. 1, 1945, pp.24 e ss. Ver também: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. ¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina jurídico administrativa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena.* Estudos em homenagem a Juarez Tavares por 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.25. OCHOA FIGUEROA, Alejandro. *Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente:* especial consideración de la tutela del agua. Tese (Doutorado). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014, pp.49 e ss. RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Análise crítica do direito penal secundário:* investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal. São Paulo: LiberArs, 2015, *passim.* Ver também: SYKES, Gresham M. *Crime e sociedade.* Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969, pp.15 e ss.

Uma tentativa de diferenciação entre os ilícitos, baseada em aspectos subjetivos, remete ao pensamento hegeliano. Com efeito, Hegel entendia que o fato antijurídico doloso implicava necessidade lógica da sanção penal, não podendo constituir um ilícito puramente civil<sup>182</sup>. Contudo, é um erro deduzir da lesão intencional à norma a sanção específica com os meios do direito penal<sup>183</sup>. De fato, a compreensão de Hegel não encontra absoluta coincidência com o direito positivo<sup>184</sup>, pois há uma série de atos ilícitos dolosos sancionados meramente na esfera civil, bem como atos culposos punidos criminalmente<sup>185</sup>.

Foi proposto também que o ilícito penal é um ilícito absoluto, diferentemente do ilícito relativo, característico do âmbito privado. Nesse sentido, por exemplo, Josef Unger ensinava que o direito privado, como campo das vontades individuais, é violado por meio das contradições entre tais vontades. Assim, uma vontade individual que não se encontra de acordo com outra vontade individual, como deveria estar, é uma vontade ilícita no campo do direito privado. Portanto, o ato violador, no direito civil, não seria ilegal em si: sua ilicitude decorre precisamente da contradição com a vontade alheia. Daí o caráter relativo do ilícito civil. O ilícito penal, por outro lado, é absoluto, pois viola o direito objetivo, o próprio ordenamento jurídico<sup>186</sup>. Contra esta concepção, objeta-se que não há normas válidas em

---

<sup>182</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp.85 e ss. Seguindo o pensamento de Hegel, Michelet afirmava que o crime consiste em uma violação da personalidade, ainda que a lesão recaia sobre um objeto externo. A existência da liberdade do outro é posta, com conhecimento e vontade, como inexistente pelo criminoso. MICHELET, Carl Ludwig. *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als die praktische Philosophie*. Berlin: Nikolai'sche Verlagsbuchhandlung, 1866, p.241. Mais recentemente, Maddalena Rabitti propôs que os ilícitos civis e penais compartilham um núcleo comum, composto pela conduta, pelo evento e pelo nexos de causalidade. A diferença entre um e outro estaria nos elementos de natureza psicológica. RABITTI, Maddalena. *Illiceità penale e illiceità civile*. In: FLAMINI, Antonio; RUGGIERI, Lucia (Org.). *Contratto e reato*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014, p.87. Contra esta perspectiva, Rocco afirmava que os conceitos de dolo e culpa são os mesmos nos âmbitos civil e penal. ROCCO, Arturo. *Op.cit.*p.417. Além disso, este entendimento não permite uma distinção entre o engano típico do estelionato e o dolo contratual, pois como ensinou Orlando Gomes: “Não há dolo sem vontade de enganar. O *animus decipiendi* é requisito indispensável desse vício do consentimento. Necessário que o autor da malícia tenha a intenção de induzir o *deceptus* em erro”. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualizadores: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.377. Em sentido próximo, ver: BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p.302. AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.513.

<sup>183</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n.44, 2003, p.15.

<sup>184</sup> LIEPMANN, Moritz. *Einleitung in das Strafrecht*. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe. Berlin: Häring, 1900, p.4.

<sup>185</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.29.

<sup>186</sup> UNGER, Josef. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. v. II. 5.ed. Leipzig: Breitkopf und Särtel, 1892, pp.326-327.



absoluto<sup>187</sup>, todas admitem exceções. No âmbito penal, por exemplo, as excludentes de antijuridicidade confirmariam o caráter não absoluto do ilícito penal<sup>188</sup>.

Foi aventado ainda o critério segundo o qual a violação de normas imperativas, via omissão, constitui ilícito civil, o qual pode ser reparado suficientemente por meio da execução forçada da obrigação ou do constrangimento à reparação, ao passo que a violação de normas proibitivas, via comissão, constitui ilícito penal, mais reprovável devido ao “desprezo do direito”, o que implica um acréscimo na reação: a aplicação da pena<sup>189</sup>. Além de depender dos cada vez menos decisivos elementos meramente naturalísticos<sup>190</sup>, esta concepção ignora que os efeitos sociais da omissão podem ser tão graves quanto os efeitos de uma ação criminosa<sup>191</sup>. Por fim, o direito positivo contraria o critério analisado, visto que há ilícitos civis comissivos e ilícitos penais omissivos<sup>192</sup>.

Também houve proposta de distinção com base na natureza da norma violada: o ilícito penal consiste na violação de uma norma de direito público, ao passo que a violação de uma norma de direito privado constitui ilícito civil. Hungria, embora não chegue a identificar Estado e direito<sup>193</sup>, entende que toda norma jurídica é ditada no interesse público. Com efeito, a própria manutenção do direito privado faz parte do interesse público, motivo

---

<sup>187</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986, pp.183 e ss. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4.ed. Bauru: Edipro, 2008, pp.46-47.

<sup>188</sup> ROCCO, Arturo. *Op.cit.*p.418.

<sup>189</sup> Cf. HEYSSLER, Moriz. *Das Civilunrecht und seine Formen*. Wien: Carl Gerold's Sohn, 1870, p.27.

<sup>190</sup> Cf. JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, pp.140 e ss. JAÉN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, *passim*. GÖSSEL, Karl Heinz. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *LEX*, n. 13, ano XII, 2014, pp.212 e ss. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*. De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima: Grijley, 2009, pp.42 e ss.

<sup>191</sup> GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p.20.

<sup>192</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*p.170.

<sup>193</sup> Nesse sentido, Radbruch ensinava que o Estado é, simultaneamente, fonte e produto do direito. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.37. Defendendo tese contrária, da independência do direito em relação ao Estado, ver: STAMMLER, Rudolf. *La genesis del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, p.21. Sobre o pensamento de Stammler, ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.113.

pelo qual sua aplicação é confiada aos órgãos estatais<sup>194</sup>. Dessa forma, “toda norma é de direito público”<sup>195</sup>.

Analogamente à proposta anterior, procurou-se distinguir o ilícito de direito público como violação de direito subjetivo público do ilícito de direito privado como violação de direito subjetivo privado. O delito, como subespécie do ilícito jurídico público, seria a violação imputável do direito subjetivo público à obediência do Estado. Rocco rechaça esta concepção por duas razões. Em primeiro lugar, há delitos que, além da violação ao direito à obediência do Estado, constituem violações de direitos subjetivos privados, como ocorre com os crimes patrimoniais. Em segundo lugar, há vários ilícitos não penais que violam este direito à obediência<sup>196</sup>.

Houve ainda quem buscou a distinção no objeto da violação: o ilícito penal lesa o direito objetivo, enquanto o ilícito civil lesiona o direito subjetivo, ou, em outra formulação da mesma ideia<sup>197</sup>, o ilícito penal consiste em uma violação imediata do direito, ao passo que o ilícito civil é uma violação mediata, pois ofende a vontade do Estado, expressa no direito, por meio da ofensa à vontade privada. Nesse sentido, Hälschner definia o ilícito em sentido amplo como a ação humana contrária ao direito. O ilícito, entretanto, poderia ser civil quando se manifestasse como uma contrariedade de vontades no âmbito de uma relação jurídica. O ilícito penal, por seu turno, requer a pena para o restabelecimento da lei, tendo em vista a violação da própria ordem jurídica<sup>198</sup>. Em sentido semelhante, Buccellati ensinava que a ação civil procura reparar o dano e, assim, restaurar o direito privado, diferentemente da ação penal, a qual não é voltada ao indivíduo, mas à sociedade, porque o ilícito penal é uma ofensa objetiva a um instituto jurídico tutelado<sup>199</sup>. Contra esta concepção, Liepmann já afirmava a impossibilidade de lesionar um direito subjetivo sem lesionar o direito objetivo, pois o primeiro é apenas o poder individual outorgado e garantido pelo segundo<sup>200</sup>.

---

<sup>194</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.297.

<sup>195</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*p.170. ROCCO, Arturo. *Op.cit.*p.419.

<sup>196</sup> ROCCO, Arturo. *Op.cit.*p.420.

<sup>197</sup> ROCCO, Arturo. *Op.cit.*pp.420-421.

<sup>198</sup> HÄLSCHNER, Hugo. *Das preussische Strafrecht*. v.II. Bonn: Adolph Marcus, 1858, p.1.

<sup>199</sup> BUCCELLATI, Antonio. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Milano: Ulrico Hoepli Editore, 1884, pp.91-114.

<sup>200</sup> LIEPMANN, Moritz. *Op.cit.*p.6. No mesmo sentido, HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*p.170. A objeção é essencialmente correta desde uma perspectiva positivista. Contudo, a questão torna-

Diversos autores procuraram a distinção entre as categorias de ilícitos na natureza do dano provocado<sup>201</sup>. Sintetizando várias opiniões, pode-se dizer que o direito penal não trata de danos que não ultrapassem a esfera individual<sup>202</sup>. O dano decorrente da ação criminosa tem um aspecto social e, por isso, exige-se a aplicação da pena para preservação da ordem exterior<sup>203</sup>. Um ilícito civil, por outro lado, não coloca em causa o interesse social<sup>204</sup>. Logo, no âmbito privado, o dano decorrente do ilícito seria facilmente reparável.

Três críticas podem ser apontadas quanto às tentativas de distinção pela natureza do dano. Em primeiro lugar, o próprio direito positivo traz casos de danos reparáveis decorrentes de delitos, como ocorre com os delitos patrimoniais<sup>205</sup>. Em segundo lugar, conforme Rocco, se por dano social se entende o dano derivado da ação, é claro que todo

---

se muito mais complexa quando se questiona a premissa de que o direito subjetivo só existe em função do direito objetivo, não constituindo o primeiro um “dado por si”. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.118. Criticando a dependência do direito subjetivo em relação ao direito objetivo: RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Trad. Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992, *passim*. Para uma crítica ao positivismo no período do pós-guerra, ver: KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Trad. Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp.20 e ss. ELLSCHEID, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.215 e ss. Ver também: KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.57 e ss. Acerca da evolução do pensamento de Radbruch acerca da questão direito natural vs. positivismo, ver: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp.61 e ss. Ver também: JAKOBS, Günther. *Ciencia del Derecho: ¿técnica o humanística?* Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, especialmente p.30.

<sup>201</sup> Cf. KUNTER, Nurullah. Reato e illecito civile. *Annales de la Faculté de Droit d'Istambu*. Ano I, nº2, 1952, p.337. Vincenzo Cosentino, nesse sentido, procura na natureza do dano a distinção entre o *dolus malus* e o estelionato. Segundo o autor, a fraude criminal requer uma pena, pois somente assim seria possível reparar a ofensa à ordem moral decorrente do emprego do engano criminoso. Para fugir de uma tautologia do tipo “fraude penal é a que deve ser penalmente punida”, o autor esclarece que o engano constituinte do estelionato se manifesta de uma forma criminosa, via abuso ou quebra de confiança, por exemplo, ao passo que a fraude civil é produzida por meios legais, com a observância das formalidades jurídicas. COSENTINO, Vincenzo. *Breve comentario al codice penale italiano*. Napoli: Presso Gabriele Sarracino, 1866, p.542.

<sup>202</sup> Cf. CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Dettato nella r. Università di Pisa. v.I. 3.ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867, p.34.

<sup>203</sup> GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Tomo I. 2.ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898, pp.60-61.

<sup>204</sup> LAURENT, François. *Principes de Droit Civil*. Tomo XX. 3.ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cia, Libraires-Éditeurs, 1878, p.407.

<sup>205</sup> Pietro Lanza, um dos seguidores da ideia de que o dano decorrente do ilícito penal é, em geral, irreparável, admite exceções: se a violação é de direito reintegrável, com dano reparável, só agirá o direito penal em circunstâncias especiais, tais como um ataque ao direito por meio de violência ou fraude. LANZA, Pietro. *Trattato teorico pratico di diritto penale*. Parte I: Filosofia del diritto penale. Bologna: Libreria Treves, 1895, p.560.

ilícito jurídico, ainda que privado, sendo violação do direito objetivo – que é a expressão do interesse geral e social – lesa necessariamente um interesse do Estado. Há, portanto, algum tipo de dano social em qualquer ilícito<sup>206</sup>. Por fim, se se adota uma concepção mais naturalística, deve-se reconhecer a existência de vários delitos sem dano, como exemplificam os delitos de perigo<sup>207</sup>.

Após a análise das teorias, Hungria reconhece que, sob a perspectiva do direito positivo, não há dúvida acerca da possibilidade de se diferenciar o ilícito penal dos outros tipos de ilícitos. No entanto, o legislador não usa critério científico algum para distinguir o tratamento dado a fatos antijurídicos penais e civis; segue-se um critério de conveniência política<sup>208</sup>. Dessa forma, a antijuridicidade seria uma<sup>209</sup>, constituindo o ilícito de qualquer natureza uma rebeldia contra a ordem jurídica.

---

<sup>206</sup> ROCCO, Arturo. *Op.cit.*p.423.

<sup>207</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*pp.170-171. A propósito, ver: FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y protección del clima. *InDret*. n.4, 2015. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op.cit.* D'AVILA, Fabio Roberto. *Op.cit.* FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal*: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997. PELARÍN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002. RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución. Hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista catalana de seguretat pública*, nº13, 2003. ROMEU CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Facultad de derecho de la UNED, 2000.

<sup>208</sup> “Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a pena (*stricto sensu*). Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*p.167. Nilo Batista compartilha o entendimento segundo o qual “o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.42. A propósito, ver: FREDERICO MARQUES, José. Estelionato: licitude civil e ilicitude penal. *Revista dos Tribunais*. v.560, 1982, p.286. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Reflexiones sobre las bases de la política criminal. *Revista de Derecho*. nº8, 2001, p.194. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.* p.53.

<sup>209</sup> Com efeito, o caráter de estabilidade e universalidade que se procura conferir à ciência jurídica tem como consequência, no âmbito do injusto, sua unificação. O injusto penal caracteriza-se por maior grau de intervenção estatal, justificada pela maior necessidade de intervenção do que nos demais injustos (civil, tributário, administrativo). Assim, todos os atos autorizados por outros setores do direito devem produzir obrigatoriamente efeitos justificantes penais, já que estaria demonstrada a não necessidade de intervenção estatal. Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*. Trad. Mario Pereira. Buenos Aires: BdeF, 2010, pp.115-116. Embora a ideia segundo a qual o que é lícito civilmente não pode constituir um injusto penal seja bastante aceita, a própria concepção de unicidade da ilicitude não é unanimidade na doutrina. Hans Günther, por exemplo, inspirado pela ideia de Roxin de que o direito penal e a política criminal devem se unir em uma unidade sistemática, a qual deve ser realizada na construção da teoria do delito (vide: ROXIN, Claus.

Dada a impossibilidade de se diferenciar cientificamente categorias de ilícitos, tem-se a impossibilidade de distinção científica entre a fraude civil e a fraude penal. Com efeito, há uma identidade perfeita, de modo e de finalidade, entre a fraude do estelionato e o dolo que vicia os contratos, pois os conceitos estão enfeixados: ontologicamente iguais, consistem no “malicioso engano, referido a uma locupletação injusta”<sup>210</sup>. Portanto, a exemplo da avaliação do legislador acerca da gravidade de uma conduta e da necessidade de dispensar-lhe tratamento civil ou penal, o magistrado deverá analisar a intensidade ou a gravidade da fraude no caso concreto e decidir se se trata ou não de um delito. A dogmática deveria aceitar a casuística, pois todas as tentativas de se separar a fraude criminal da não criminal mostraram-se incompletas<sup>211</sup>.

Não sendo possível a distinção em abstrato, Hungria apresenta dois critérios indiciários que podem ser levados em consideração no momento da avaliação da tipicidade da fraude. Em primeiro lugar, como elemento de convicção *ex post*, apresenta nada mais do que o critério criticado por Impallomeni: há apenas fraude civil no caso de erro sobre elemento incidental; o estelionato requer um engano acerca de elemento essencial do negócio<sup>212</sup>. O segundo critério, tido como menos precário, estabelece que quase sempre há fraude penal quando, sendo o meio iludente relativamente idôneo, descobre-se na investigação retrospectiva do fato a ideia preconcebida de frustração do equivalente econômico<sup>213</sup>.

---

*Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012), propõe uma postura diferenciadora. Dessa forma, segundo Günther, o conceito unitário de antijuridicidade (e de suas causas de exclusão), passaria por alto que uma antijuridicidade penal referida a todo o ordenamento priva esta categoria do delito de sua referência teleológica-sistemática dentro do fato punível à relação entre o direito penal em que se integra e o ordenamento jurídico em seu conjunto. Portanto, *e.g.*, a afirmação de que o princípio da intervenção mínima obriga a que a neutralização do injusto específico penal seja mais fácil que a do injusto específico de outros setores ignora que o injusto mais intenso requer uma neutralização mais difícil. Para uma visão ampla do pensamento de Günther, ver DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La categoría de la antijuridicidad en derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2011, *passim*. No Brasil, criticando a ideia de unidade da antijuridicidade, entendendo que há diferenças não substanciais entre as diversas ilicitudes, VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.58.

<sup>210</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.23.

<sup>211</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*p.175.

<sup>212</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*pp.57-58.

<sup>213</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.62. De modo semelhante, Muñoz Conde afirma que “el delito de alzamiento de bienes se construye de un modo negativo con respecto a la estafa al requerir precisamente la no existencia de un engaño previo al contraerse las obligaciones, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de estafa [...]. Así pues, en el caso en que se contrajeran obligaciones fraudulentamente con el ánimo de no cumplirlas, y después para evitar su cumplimiento se ocultaren o enajenaren los bienes, estaríamos en el caso

Como a crítica ao primeiro critério indiciário já foi feita por Impallomeni, são apresentadas agora as limitações do segundo critério. Primeiramente, a concepção segundo a qual a tipicidade do engano vai depender do propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico confere um valor muito grande ao aspecto subjetivo do tipo<sup>214</sup>. Com efeito, adotando-se o critério da intencionalidade, situações semelhantes teriam tratamentos diversos a depender de aspectos internos do agente. Por exemplo, seriam diferentes os casos em que (I) A não paga o bilhete do metrô para poder chegar no horário para ver um espetáculo; e (II) B não paga o bilhete do metrô para ter dinheiro para comprar o ingresso de um espetáculo<sup>215</sup>. Em segundo lugar, se se exige que a situação que desencadeará a disposição patrimonial prejudicial tem de ser criada *ab initio* pelo autor, não bastaria o aproveitamento de situações criadas fortuitamente, sem intervenção de quem receberá a vantagem indevida<sup>216</sup>. Hungria, contra esta consequência, afirmava que a falha do Código Penal de 1890 era a exigência de que o erro da vítima fosse provocado ou criado pelo agente. O autor entendia que o estelionato deveria alcançar os casos de aproveitamento ou de manutenção em erro anterior<sup>217</sup>. A redação atual do artigo 171 do Código Penal permite a interpretação de que o engano deve ser anterior à disposição patrimonial, mas não se exige que este se realize em um momento anterior ao erro da vítima, porque basta que o engano reforce ou mantenha um erro preexistente aumentando de modo relevante o risco de lesão

---

de un delito de estafa al que seguiría una *conducta posterior impune de alzamiento de bienes*, ya que dicha conducta posterior representaría un mero agotamiento del tipo de la estafa”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*. Barcelona: Bosch, 1971, p.83.

<sup>214</sup> Em sentido crítico, ver: JAKOBS, Günther. ¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva? In: MAIER, Julio B.J. et al. *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-hoc, 2011. CARO JOHN, José Antonio. La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudência penal: el caso del taxista. In: SAAD-DINIZ, Eduardo et al. (Org.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, pp.57 e ss. ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutras en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp.18 e ss. WOHLERS, Wolfgang. Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional? *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. v.27, n° 80, 2006, pp.130 e ss. FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. *InDret*. n.4, 2016, p.5. RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.

<sup>215</sup> Cf. RENGIER, Rudolf. Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei der Betrugsabsicht. *Juristen Zeitung*, n°7, 1990, pp.322-323.

<sup>216</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función definidora del elemento subjetivo del delito en Derecho penal, con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, ejemplificada en la insolvencia y el decomiso. *InDret*. n.2, 2019, p.18.

<sup>217</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.66.

do bem jurídico<sup>218</sup>. Por fim, como bem aponta Dopico Gómez-Aller, o critério é inservível para delimitar os contornos do engano típico, pois permite apenas distinguir o estelionato do dolo de não cumprimento obrigacional, e não do dolo vício de consentimento, que faz a vítima consentir, por meio de indução insidiosa, à celebração de um contrato, sendo, por definição, anterior ao contrato<sup>219</sup>.

Concluindo sua exposição, Hungria reafirma o caráter meramente indiciário dos critérios propostos, pois o que efetivamente vai distinguir uma fraude penal de uma fraude civil, dada a identidade ontológica entre elas, é a gravidade e a intensidade do engano. Este “critério” – ou melhor, ausência de critério – proposto por Hungria ainda é amplamente aceito pela doutrina nacional<sup>220</sup>, inclusive no âmbito do direito privado<sup>221</sup>.

## 2.4 Críticas

Este trabalho apresentará três críticas ao pensamento de Hungria (e, conseqüentemente, ao *status quo* da doutrina no Brasil) acerca do tema da fraude típica do

---

<sup>218</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.101.

<sup>219</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación. *Dereito*, vol.21, n.1, 2012, pp.10-11. No mesmo sentido: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.104.

<sup>220</sup> Ilustrativamente, ver: NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v.II. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1977, pp.379-380. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. II. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.562. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.270. CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal*. Parte especial. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.179. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. Parte especial 2: arts. 121 a 234 do CP. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.288. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp.867-868.

<sup>221</sup> No âmbito do direito civil, Serpa Lopes, citando Hungria, também afirma que não há diferença ontológica entre o dolo civil e o dolo penal. SERPA LOPES, M.M. de. *Curso de direito civil*. v.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p.438. Nesse contexto, Marcos Bernardes de Mello aparece como exceção. Explica o autor que a palavra “dolo” pode se referir a quatro figuras distintas: “(a) o dolo que constitui vício do consentimento; (b) o dolo que concretiza ato ilícito indenizativo, absoluto ou relativo; (c) o crime de fraude (= estelionato e outras fraudes); e (d) o dolo elemento intencional caracterizador de crimes ditos dolosos”. Assim, essas quatro figuras apresentam um ponto comum: “a intenção de violar um direito de outrem”. Não haveria razão em não se diferenciar (a) de (c): “Em relação à espécie criminal do estelionato (crime de fraude), o que a caracteriza é, precisamente, a intenção de obter uma vantagem patrimonial em detrimento da vítima, como resultado da fraude. No dolo invalidante, há fraude, mas não é essencial à intenção fraudulenta a obtenção de vantagem patrimonial. Se do dolo resulta prejuízo à vítima e vantagem indevida ao seu autor, é questão accidental. O dolo invalidante se consubstancia, apenas, em ser a causa eficiente da realização do negócio jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da validade. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp.176-178. Embora Marcos Bernardes de Mello tenha apresentado um critério de distinção entre a fraude civil e a fraude penal, este não se mostra apto a resolver problemas práticos. Com efeito, basta que o dolo civil seja causa eficiente da realização de um negócio jurídico de que resulte algum prejuízo patrimonial para se colocar a questão – resolvida judicialmente – sobre se se tratava de uma fraude civil ou penal.

estelionato. As duas primeiras, baseadas em um possível desrespeito ao princípio da legalidade penal e na imprecisão da ideia de gravidade/intensidade, são anteriores à tese de Hungria. A terceira crítica procura evidenciar a problemática de se aceitar um déficit dogmático a ser corrigido com discricionariedade judicial em um contexto de expansão do direito penal.

Quanto ao primeiro ponto, Galdino Siqueira entendia que deixar ao arbítrio judicial a decisão acerca da ocorrência ou não de uma fraude criminalmente punível implicaria a “derrocada da norma fundamental do direito penal moderno – *nullum crimen sine lege*”<sup>222</sup>. Contra essa objeção, Hungria chama a concepção de Beccaria<sup>223</sup> – segundo a qual os magistrados não têm o direito de interpretar as leis, pois eles as recebem da sociedade vivente ou do soberano que a representa, não de nossos antepassados, devendo limitar-se a um raciocínio silogístico: premissa maior (lei), premissa menor (conduta), conclusão (pena ou liberdade) – de “excessivos escrúpulos”<sup>224</sup>. Excessivos porque os juízes modernos, frutos de uma formação humanista, já teriam internalizado as ideias de respeito aos direitos individuais. Além disso, segue o autor, não se pode temer o “*arbitrium judicis*” quando este é destinado precisamente a evitar a excessiva amplitude prática da norma penal, a qual, no caso do estelionato, é inevitavelmente genérica<sup>225</sup>.

O critério da gravidade da fraude, desde uma perspectiva abstrata, é bastante impreciso. Nesse sentido, Planiol já alertava para a insuficiência da noção de gravidade, pois não haveria parâmetros seguros para dizer aos julgadores o que é uma conduta “gravemente desleal”<sup>226</sup>. Quando se pensa em gravidade ou intensidade do engano em concreto, as dificuldades não desaparecem. Nesse sentido, Notaristefani<sup>227</sup> apresenta o seguinte exemplo: A e B, agindo individualmente e sem prévia combinação, enganam C. Os primeiros obtêm

---

<sup>222</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Op.cit.*p.756. Sobre o fortalecimento da legalidade na dogmática penal contemporânea, ver: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais*. Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012, pp.55-56. AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, pp.79 e ss.

<sup>223</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp.30-33.

<sup>224</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.39.

<sup>225</sup> HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.40. Também aceita como necessária a relativização do princípio da legalidade no delito de estelionato GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. v.38, 1985, p.336.

<sup>226</sup> PLANIOL, Marcel. Dol civil et dol criminel. *Op.cit.*p.573.

<sup>227</sup> NOTARISTEFANI, Raffaele de. *Op.cit.*p.12.



100 libras em prejuízo de C. Porém, no caso de A, o valor representa todo o negócio, ao passo que as 100 libras representam apenas uma parte do valor negociado entre B e C. As condutas de A e B, muito semelhantes, merecem tratamento distinto? A gravidade da fraude se mede pelo prejuízo causado em termos absolutos ou deve-se ter em mente o valor do negócio como um todo? E mais: deve-se adotar um critério de gravidade tomando-se por base a subjetividade dos envolvidos, analisando a situação patrimonial do prejudicado? Ou a intensidade deve ser medida objetivamente, independentemente da capacidade econômico-financeira de quem sofre o prejuízo?<sup>228</sup>

Uma outra ordem de problemas relacionados ao critério da gravidade do engano diz respeito a se as condições sociais (não econômicas) da vítima devem ser levadas em consideração para se aferir a intensidade de um engano. Com efeito, questiona-se se o engano perpetrado contra uma vítima que age como comerciante e um engano perpetrado contra alguém que figura em uma relação comercial como consumidor, ainda que produzam o mesmo prejuízo patrimonial, devem receber o mesmo tratamento jurídico. Em outras palavras, o critério da gravidade, embora abra espaço para se encontrar um engano socialmente aceitável<sup>229</sup>, nada diz sobre se a posição da vítima em um negócio deve ser considerada para avaliar a gravidade da conduta<sup>230</sup>.

Uma terceira crítica à tese de Hungria pode ser chamada de contextual, pois baseia-se na ideia de que a adoção do “critério” da gravidade em um contexto de expansão penal favorece uma ampliação do alcance do tipo penal do estelionato. De fato, Hungria defendeu, como já foi visto, que a imprecisão dos contornos do estelionato não seria um problema, tendo em vista a formação humanista dos juízes. Este é o núcleo da crítica: ainda que se aceite uma formação humanista e uniforme dos magistrados, a análise do caso concreto pode ser influenciada por um contexto de recrudescimento punitivo.

---

<sup>228</sup> Trata-se de uma questão análoga à enfrentada pela doutrina nacional para a determinação do conceito de furto de pequeno valor. A propósito, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentário ao artigo 155. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp.478-479.

<sup>229</sup> Cf. HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*pp.43-44.

<sup>230</sup> Sobre a valoração da posição ocupada por quem realiza o negócio, ver: DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. La estafa sobre datos registrales. *InDret*, n.3, 2006.

Partindo-se da definição de Hassemer de que um caso concreto, objeto sobre o qual um jurista deve decidir, é um acontecimento real submetido à qualificação jurídica<sup>231</sup>, coloca-se a questão: como os casos são decididos? Embora esta pergunta mereça um trabalho específico, deve-se pontuar que a superação definitiva do formalismo da Escola da Exegese<sup>232</sup> passa pelo reconhecimento de que o texto normativo não é o único – e, segundo alguns, nem mesmo o principal – elemento orientador da decisão judicial<sup>233</sup>. Elementos diversos, como o contexto social e político, podem ter forte influência no momento da resolução do caso<sup>234</sup>.

Novamente com Hassemer, pode-se compreender um caso jurídico-penal como um relato, cujos personagens são o autor e a vítima. Tal perspectiva, contudo, exige uma aproximação ao conceito de relato e, mais amplamente, de narrativa. Esta, de acordo com Jerome Bruner, é um modo de conferir sentido à experiência. Com efeito, segundo o autor, há dois modos de construção da realidade por meio da ordenação da experiência: o modo paradigmático e modo narrativo. O primeiro, paradigmático, é o modo lógico-científico de se pensar<sup>235</sup>. Procura estabelecer, mediante o desenvolvimento de conceitos, categorias e

---

<sup>231</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p.15.

<sup>232</sup> A Escola da Exegese representou, em alguma medida, segundo Bobbio, uma “brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa”, ao se limitar a uma interpretação passiva e mecânica do Código. Foi sucedida pela Escola Científica, a qual propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o direito positivo. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2016, p.78.

<sup>233</sup> Com efeito, o formalismo, ainda com certo prestígio no início do século XX, foi duramente questionado notadamente pelo realismo jurídico. De acordo com os realistas, a tomada de decisão judicial começaria com um palpite (*hunch*) acerca do resultado do caso, isto é, a decisão não seria sequer decorrente de critérios jurídicos. A intuição, o palpite poderia ser produto tanto da experiência, quando de preconceitos e ideologias (BIX, Brian H. Doctrine, Data, and High Theory. *UC Irvine Law Review*. v.6, 2016, pp.138-139). As normas e a argumentação jurídica, por sua vez, teriam a função de uma racionalização *post-hoc* (LEITER, Brian. American Legal Realism. *University of Texas Law, Public Law Research Paper* n. 42, 2002, pp.1-2). Vale notar, contudo, que, contemporaneamente, o realismo puro já não goza de muito prestígio, porque, reconhece-se, em alguma medida, a influência das normas e do raciocínio jurídico no processo de tomada de decisão (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, v.93, 2007, pp.29 e ss).

<sup>234</sup> Cf. com ulteriores referências, HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. v. 108, n. 4, 2001. DARLEY, John M. Morality in the Law: the psychological foundations of citizens’ desires to punish transgressions. *Annual Review of Law and Social Science*. v.5, 2009. LITTLE, Laura E. Adjudication and Emotion. *Florida Coastal Law Journal*, v.III, 2002. LINS E HORTA, Ricardo de; COSTA, Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, n.20, 2017.

<sup>235</sup> Thomas Kuhn, a propósito, menciona experimento de Bruner para apresentar sua noção de paradigma, afirmando que “alguma coisa semelhante a um paradigma é um pré-requisito para a própria percepção. O que um homem vê depende tanto daquilo que ele olha como daquilo que sua experiência visual-conceitual prévia

argumentos, sistematizações consistentes, aptas a transcender o particular e atingir níveis cada vez maiores de abstração. Dessa forma, o modo paradigmático procura construir um mundo que não varia em função dos aspectos humanos, tais como intenções, dificuldades e problemas em geral<sup>236</sup>. O modo narrativo, por sua vez, lida com situações humanas: objetivos, ações, imprevistos, reações, consequências etc. Assim, ao contrário do modo paradigmático, o modo narrativo trabalha com um mundo variável em função do observador e de sua perspectiva<sup>237</sup>.

A narrativa apresenta-se ao ser humano como algo tão natural quanto difícil de definir. Com efeito, parece haver, nesse âmbito, uma assimetria entre o compreender e o fazer. Por essa razão, Bruner afirma que, em certa medida, o ato de narrar é um processo mais intuitivo do que analítico. De fato, o raciocínio analítico é metódico, tem embasamento racional, analisa e avalia as informações disponíveis. Já o pensamento intuitivo caracteriza-se pela supressão de etapas de raciocínio, decorrente de uma percepção imediata de um problema, ou de uma situação, gerando, conseqüentemente, uma conclusão quase espontânea<sup>238</sup>.

---

o ensinou a ver”. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.204. No mesmo sentido, ver exemplos de como a linguagem influencia a percepção em: LILLARD, Angelina. Ethnopsychologies: Cultural Variations in Theories of Mind. *Psychological Bulletin*. v. 123, nº 1, 1998, p.8.

<sup>236</sup> Para uma visão de como o modo paradigmático, com suas tendências a generalizações e sistematizações, pode influenciar nas ciências sociais e em que medida ele implica a “eliminação do sujeito”, já que o ser humano, enquanto elemento do sistema, deve “ser tornado tão digno de confiança quanto possível, isto é, mecanizado, [...] controlado e padronizado”, cf. VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria geral dos sistemas*. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 8.ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2015, pp.29, 248-249.

<sup>237</sup> BRUNER, Jerome. *Actual minds, possible worlds*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp.12 e ss. O tempo parece ser o melhor exemplo de como os modos paradigmático e narrativo são distintos em seu procedimento de compreensão do mundo. Para o modo paradigmático, o tempo é ente físico, constituindo objeto de estudo independente da percepção humana. Desde uma perspectiva narrativa, contudo, o tempo pouco tem a ver com a física. Na literatura, serve para situar eventos relevantes; na vida, sua manifestação fenomenológica depende de uma série de elementos humanos. BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Trad. Mario Carpitella. Bari: Editori Laterza, 2002, p.38. MINKOWSKI, Eugène. *Lived Time: Phenomenological and Psychopathological Studies*. Evanston: Northwestern University Press, 1970, *passim*.

<sup>238</sup> BRUNER, Jerome. *The process of education*. 2.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp.57 e ss. Ver também: SUNSTEIN, Cass. Moral Heuristics. *The Law School the University of Chicago*. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 180. 2003. A aproximação proposta por Bruner entre a narrativa e o pensamento intuitivo toma como base os indícios de que a capacidade de narrar (ou, pelo menos, o desejo de narrar) precede o manejo dos instrumentos gramaticais. Nesse sentido, ver estudo comentado em: BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. *Op.cit.* pp.36 e ss.

Apesar da dificuldade em se definir precisamente o que seja narrativa, Bruner, a fim de mostrar a relação entre esta e o direito, fornece uma “definição austera”, estrutural de narrativa. Seus principais elementos são: (I) personagens (humanos ou que se comportam como humanos, a exemplo das fábulas) aptos a agir, motivados por sentimentos, crenças ou objetivos; e (II) um enredo com começo, meio e fim. O enredo, por sua vez, estrutura-se da seguinte forma: (a) há um estado de coisas dado por ordinário, legítimo (ou, como prefere Bruner, canônico), (b) o qual será perturbado de alguma forma, (c) havendo, conseqüentemente, um esforço para a manutenção ou transformação do estado de coisas, (d) sendo que tal esforço pode ou não ser eficaz, resultando, portanto, na restauração ou na implementação de um novo estado de coisas<sup>239</sup>.

Condição da narrativa, assim, é a alteração ou ameaça de alteração de um *status quo*. É a passagem de um estado de equilíbrio, caracterizado pela existência de uma relação estável, porém dinâmica entre os membros de uma sociedade, a um novo estado de equilíbrio, intermediado por um período de desequilíbrio<sup>240</sup>. Não havendo imprevistos, dificuldades, problemas, enfim, se nada sair do *script*, não há o que ser narrado. O *script*, segundo Bruner, consiste no conjunto de expectativas e práticas tidas como normais em uma determinada cultura. Em outras palavras, o *script* dita as normas de condutas previsíveis em uma sociedade<sup>241</sup>. Dessa maneira, é função da história, da narrativa encontrar um estado intencional que torne compreensível o desvio dos cânones culturalmente estabelecidos<sup>242</sup>. A destruição de tais cânones, isto é, a perda de uma comunidade de sentido, faz com que o indivíduo não consiga se orientar, porque perde os parâmetros razoáveis para guiar seu comportamento<sup>243</sup>, criando as condições para a crise na própria identidade, na medida em que esta é compreendida como controle subjetivo das próprias ações, pelas quais a pessoa se entende e é vista como responsável<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> AMSTERDAM, Anthony G.; BRUNER, Jerome. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp.113-114.

<sup>240</sup> Cf. TODOROV, Tzvetan. *As estruturas narrativas*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.88.

<sup>241</sup> AMSTERDAM, Anthony G.; BRUNER, Jerome. *Op.cit.* pp.121 e ss.

<sup>242</sup> BRUNER, Jerome. *Acts of meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 49-50. Na literatura, Aldous Huxley já dizia que, diferentemente da realidade, a ficção (e, portanto, a narrativa) sempre faz sentido. HUXLEY, Aldous. *O gênio e a deusa*. Trad. Fábio Bonillo. Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2018, p.7.

<sup>243</sup> Cf. ELIADE, Mircea. *Mito e Realidade*. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2013, pp.8 e ss.

<sup>244</sup> BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *Modernity, Pluralism and the Crisis of Meaning*. The Orientation of Modern Man. Gütersloh: Bertelsmann Foundation Publishers, 1995, pp.19 e 40. Ver também:

A narrativa é a forma discursiva por meio da qual se expressa o direito, não só porque os problemas jurídicos, enquanto situações da vida, são conversíveis em relatos, mas principalmente por trazer em si o elemento normativo: a existência de um estado de coisas legítimo perturbado por alguma conduta humana significativa e responsável. Em outras palavras, a narrativa conjuga a expectativa (canônico) e sua perturbação (desvio do *script*). Desde uma perspectiva jurídica, tal perturbação gera um conflito a ser solucionado pelo direito<sup>245</sup>.

Enquanto modo de ordenação da experiência, a narrativa possibilita que o leitor (ou ouvinte), a partir das informações recebidas, elabore seu próprio “texto virtual”<sup>246</sup>. Dados são dispostos em uma sequência temporal, na forma de uma história. Tais dados, entretanto, não constituem necessariamente uma descrição precisa de um evento real. Com efeito, o processo de reelaboração de um “texto originário” (isto é, o fenômeno real) em uma narrativa não tem por base o que efetivamente ocorreu, mas sim como o que ocorreu pode ser interpretado de uma forma que faça sentido para quem narra<sup>247</sup>. Esta “tradução”<sup>248</sup> de um texto originário é possível graças a uma característica do relato, chamada por Bruner de “subjuntivização”, isto é, a percepção de uma dada realidade se dá por meio de um filtro, seja o narrador, seja a escolha do protagonista. Dessa forma, o relato pode ser visto sob múltiplas perspectivas, já que há possíveis interpretações de um mesmo fato ou de uma sequência – selecionada segundo objetivos implícitos – de fatos<sup>249</sup>.

---

TAYLOR, Charles. *As fontes do self. A construção da identidade moderna*. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.44.

<sup>245</sup> AMSTERDAM, Anthony G.; BRUNER, Jerome. *Op.cit.*p.141. Acerca do tipo penal como narrativa de um conflito, ver: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p.185.

<sup>246</sup> Acerca das realidades linguísticas dos personagens e da dupla narrador-leitor, ver: TODOROV, Tzvetan. *Op.cit.* p.61.

<sup>247</sup> BRYMAN, Alan. *Social Research Methods*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.582.

<sup>248</sup> Víctor Gabriel Rodríguez, a propósito, afirma ser “a principal característica do narrador: descrever o processo evolutivo de seu próprio pensamento, a partir da interpretação de outros textos”. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *O ensaio como tese. Estética e narrativa na composição do texto científico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p.36.

<sup>249</sup> BRUNER, Jerome. *Actual minds*. *Op.cit.*pp.25-26. Huxley, a propósito da seleção dos elementos da narrativa segundo objetivos do narrador, já acentuou: “O autor despreza num só parágrafo vinte anos de felicidade do herói e se estende por vinte capítulos sobre uma única semana de sofrimento e conflito espiritual”. HUXLEY, Aldous. *Folhas inúteis*. Trad. Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2.ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014, p.67. Mais sintética, embora com o mesmo sentido, é a expressão de Orwell: “pessoas felizes não têm história”. ORWELL, George. *Um pouco de ar, por favor!* Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021, p.151.

É função do jurista tomar em consideração, na hora de decidir, todos os dados, informações, argumentos e alternativas<sup>250</sup> disponíveis. Contudo, é inevitável que a subjetividade influencie a seleção dos elementos considerados relevantes para a construção do caso e, conseqüentemente, para sua resolução<sup>251</sup>. Efetivamente, não se pode ignorar o fato de que o direito não constitui um universo discursivo autônomo<sup>252</sup>, mas sim uma ferramenta a possibilitar a “negociação de sentidos”, os quais serão compartilhados em uma sociedade, criando, com o tempo, uma comunidade de interpretação, uma coesão cultural<sup>253</sup>. Conseqüentemente, a função de negociação de sentido do direito faz com que, notadamente em face do aspecto intuitivo da narrativa, sensações sociais amplamente compartilhadas – preconceitos, inclusive<sup>254</sup> – possam se refletir nas decisões dos conflitos.

---

<sup>250</sup> De fato, não se pode falar em decisão sem alternatividade. Cf. GOTTFREDSON, Michael R.; GOTTFREDSON, Don M. *Decision Making in Criminal Justice. Toward the Rational Exercise of Discretion*. 2.ed. New York: Springer Science + Business Media, 1988, pp.2-3.

<sup>251</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos*. *Op.cit.* p.112.

<sup>252</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. Trad. Marcelina Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009, p.16.

<sup>253</sup> BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie*. *Op.cit.* pp.28-29. BRUNER, Jerome. *Actual minds*. *Op.cit.* p.123. BRUNER, Jerome. *Acts of meaning*. *Op.cit.* p.47.

<sup>254</sup> A manifestação de preconceitos fica mais evidentes nos chamados delitos clandestinos, isto é, aqueles em que só se tem a palavra da vítima como meio de prova. Notadamente no âmbito dos delitos sexuais, há vários estudos mostrando como até mesmo aspectos físicos ou comportamentais dos personagens de um caso jurídico podem influenciar no grau de confiabilidade de uma dada perspectiva do delito. Nesse sentido, vide: ESTRICH, Susan. *Real rape*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987. CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margin: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v.43, 1991, p.1280. RANDALL, Melanie. Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims”: Consent, Resistance, and Victim Blaming. *Canadian Journal of Women and the Law*, v.22, 2010, pp.398 e ss. COMACK, Elizabeth; PETER, Tracey. How the Criminal Justice System Responds to Sexual Assault Survivors: The Slippage between “Responsibilization” and “Blaming the Victim”. *Canadian Journal of Women and the Law*, v.17, 2005, *passim*. ROSS, Josephine. Blaming the victim: “Consent” within the fourth amendment and rape law. *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, vol. 26, 2010, pp.3 e ss. BIJLEVED, Catrien. Sex Offenders and Sex Offending. *Crime and Justice*, v.35, 2007, pp.360 e ss. COSSINS, Anne. Saints, Sluts and Sexual Assault: Rethinking the Relationship between Sex, Race and Gender. *Social & Legal Studies*, v.12, 2003, p.93. WRIGGINS, Jennifer. Rape, Racism, and the Law. *Harvard Women's Law Journal*. v.6, 1983, p.106. PATTON, Tracey Owens; SNYDER-YULY, Julie. Any Four Black Men Will Do: Rape, Race, and the Ultimate Scapegoat. *Journal of Black Studies*, vol. 37, n.6, 2007, p.862. KALUNTA-CRUMPTON, Anita. History: Race relations and justice. In: KALUNTA-CRUMPTON, Anita (Ed.). *Race, Crime and Criminal Justice: International perspectives*. Londres: Palgrave Macmillan, 2010, p.7. SOUTH, Scotte J.; FELSON, Richard B. The Racial Patterning of Rape. *Social Forces*, v. 69, 1990, p.78. YOUNG, Vernetta D. Women, Race, and Crime. *Criminology*, v. 18 n° 1, 1980, *passim*.

O contexto de expansão penal<sup>255</sup>, caracterizado pela institucionalização e percepção social da insegurança<sup>256</sup>, bem como pela configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, com a crescente identificação da maioria social com a vítima do delito<sup>257</sup>, pode refletir na opinião pública, o fórum por excelência da política<sup>258</sup>, fazendo com que o clamor por uma tutela penal mais eficiente<sup>259</sup> se reflita não só na racionalidade legislativa, mas também na racionalidade judicial<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, pp.20 e ss. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008. SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

<sup>256</sup> Acerca do medo social e de sua potencialidade de manifestação política, vide: PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003. GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. New York: Basic Books, 2009. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial*. Em busca da segurança perdida. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015, pp.59-60. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p.278. BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012, pp.12 e ss. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). núm. 11-08, 2009, p.11. EWALD, François. Risk in contemporary society. *Connecticut insurance law journal*, v.6, 2000, pp.369-370. GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*, v.62, 1999, p.5. GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012, pp.90 e ss. ROWE, William D. Governmental regulation of societal risks. *The George Washington law review*, v.45, 1977, p.958. SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista liberdades*, nº5, 2010, pp.90 e ss.

<sup>257</sup> Cf. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.122 e ss.

<sup>258</sup> JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Cultrix, 2011, p.110.

<sup>259</sup> Ainda que o ideal de eficiência atuarial do direito penal possa resultar em restrições ilegítimas das liberdades individuais. A propósito: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp.80 e ss.

<sup>260</sup> A racionalidade judicial pode ser definida como “a capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, que é coerente, com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos”. Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.91. Ver também: Díez Ripollés, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 06-03, 2004, pp.6 e ss. Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 07-01, 2005, pp.4 e ss. A propósito, já em 1988, Andreucci assim se manifestava: “Explicam-se, assim, certas soluções jurisprudenciais como o conceito de arma, no roubo, qualificando-o o revólver de brinquedo, não por razões legais ou dogmáticas, mas pela imperiosidade que decorre da violência crescente”. Andreucci, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. Tese de titularidade – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1988, p.98.

Em síntese, dada a identidade ontológica entre as fraudes, a fraude civil pode ser narrada e compreendida como estelionato<sup>261</sup>. Aceitar o critério da gravidade como determinante para classificação do engano como criminoso ou como mera infração civil tende a favorecer, em um contexto de recrudescimento punitivo, a expansão do alcance do artigo 171 do Código Penal. Por isso, apesar dos muitos méritos do trabalho de Hungria, deve-se procurar uma nova forma de analisar a questão.

## 2.5 Critério da tipicidade

A antiga questão acerca da diferença entre a fraude civil e a fraude penal, de acordo com uma crescente parcela da doutrina, não deve ser discutida nesses termos. Com efeito, a questão que se coloca é a seguinte: um negócio jurídico viciado por engano deve receber sanção apenas no âmbito do direito civil ou pode-se considerar também como constitutivo de estelionato? Trata-se, portanto, de um problema de tipicidade e como tal deve ser estudado<sup>262</sup>.

Silva Sánchez, nesse sentido, afirma que a teoria da imputação objetiva – enquanto esforço sério de ordenação com pretensões sistematizadoras do que, anteriormente, não eram mais que critérios isolados de interpretação teleológica, carentes, ademais, de generalização por sua estreita vinculação com as peculiaridades dos tipos –, embora tenha se desenvolvido com mais força no âmbito dos delitos contra a vida, pode desenvolver-se bastante no âmbito do direito penal patrimonial em sentido amplo, especialmente quando presente a figura da fraude. De fato, além da circunstância de que o distanciamento dos delitos de sangue permite eliminar alguns dos obstáculos emocionais que o dogma causalista (e o complementar dogma subjetivista) opõem, no homicídio e nas lesões, a uma maior normatização, o conflito entre esferas patrimoniais (liberdades econômicas) característico destes delitos constitui, por sua menor base naturalista, um espaço idôneo para a reflexão normativista sobre quais devem ser as fronteiras entre as liberdades jurídico-penalmente irrelevantes dos sujeitos ativos e as liberdades jurídico-penalmente garantidas dos sujeitos passivos. Sem

---

<sup>261</sup> ZANNOTTI, Roberto. *Op.cit.*p.4.

<sup>262</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.40-41. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, pp.70-71.



contar que boa parte dos delitos patrimoniais fraudulentos ocorrem em contextos fortemente normativizados pela existência de regulações jurídicas extrapenais que definem com certa precisão as respectivas esferas de responsabilidade<sup>263</sup>.

Como estabelece a teoria da imputação objetiva, a mera verificação da causalidade natural não é suficiente para a atribuição (normativa) do resultado ao autor (compreendido em um sentido físico, não jurídico). No âmbito do estelionato, portanto, a imputação objetiva, por meio da determinação *ex ante* do alcance das proibições e dos mandados penais<sup>264</sup>, pode indicar quais comportamentos enganosos, a despeito de ter causado uma disposição patrimonial prejudicial de terceiro, são irrelevantes do ponto de vista do direito penal, como, conforme será discutido no próximo capítulo, os prejuízos decorrentes de enganos em negócios ilícitos<sup>265</sup>.

Todavia, não se pode acreditar que a mera mudança de terminologia – isto é, converter a questão ontológica da fraude civil ou fraude penal em um problema normativo de tipicidade – simplifique ou anule as dificuldades de distinção. Dizer que se trata de um problema de tipicidade é dizer muito pouco. A mudança de perspectiva exige um esforço de concreção que permita elucidar os limites do tipo penal do estelionato<sup>266</sup>. Deve-se, dessa maneira, realizar um estudo dogmático dos elementos do tipo de estelionato<sup>267</sup>. Este é o objetivo dos próximos capítulos.

---

<sup>263</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de Derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2009, pp.157-159.

<sup>264</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática. *Revista Chilena de Derecho*, v.37, 2010, p.34.

<sup>265</sup> No mesmo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.94-97.

<sup>266</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación. *Dereito*, vol.21, n.1, 2012, p.19.

<sup>267</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.18. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, nº13, 2011, p.170.

## CAPÍTULO III – O PREJUÍZO TÍPICO

Como já foi indicado ao final do capítulo anterior, o objetivo deste trabalho é encontrar critérios para verificar sob quais condições um engano em uma relação negocial é elemento de um estelionato. Em outras palavras, procura-se analisar quando um engano é típico. Entretanto, antes de realizar esta discussão, deve-se estudar um outro elemento do estelionato: o prejuízo típico. A vantagem desta ordem de análise é de natureza prática. Com efeito, diante de uma situação em que haja dúvida acerca do caráter criminoso do engano, é necessário, antes de tudo, conferir se houve ou não prejuízo típico, ou pelo menos um risco de prejuízo típico, nos casos de tentativa. Assim, não havendo (risco de) prejuízo, descarta-se a hipótese de estelionato. O que não quer dizer, esclareça-se desde já, que, havendo prejuízo, há necessariamente engano típico.

### 3.1 Bem jurídico tutelado

A doutrina dominante, segundo análise de Gallego Soler, entende ser impossível a elaboração de um conceito geral de patrimônio aplicável a todo o direito penal. Entretanto, segue o autor, paradoxalmente, afirma-se, sem qualquer reparo conceitual, que o conceito de prejuízo é único no direito punitivo, valendo as construções efetuadas no âmbito do estudo do estelionato. Haveria, portanto, segundo Gallego, uma assimetria conceitual, pois, embora não haja um conceito unitário de patrimônio, há um conceito unitário acerca de seu reverso, isto é, o prejuízo patrimonial<sup>268</sup>. Contudo, em que pese a relevância da discussão, este trabalho tem como objeto o estelionato; dessa forma, trabalha-se aqui com uma simetria conceitual: protege-se o que é lesionado na configuração do delito. Por esse motivo, pode-se adotar os termos da discussão acerca do bem jurídico tutelado.

Johann Michael Franz Birnbaum marcou profundamente o direito penal ao afirmar decorrer da natureza das coisas a existência de um conceito natural de delito<sup>269</sup>. Segundo o

---

<sup>268</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.* pp.4-5.

<sup>269</sup> BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010, pp.38-39. Nas ciências criminais, a necessidade de encontrar, para além do conceito jurídico, um conceito natural de delito foi apontada por

autor, forma parte da essência do poder do Estado garantir o desfrute de certos bens – dados pela natureza ou resultantes do desenvolvimento social e da associação civil – a todas as pessoas que nele vivem<sup>270</sup>. Sendo assim, a mera arbitrariedade do legislador não seria suficiente para determinar quais condutas devem ser reprimidas criminalmente. A criminalização de condutas deveria observar critérios materiais<sup>271</sup>.

A busca por um conceito material de delito indaga acerca dos critérios materiais da conduta punível<sup>272</sup>, apresentando-se como conceito previamente dado ao legislador<sup>273</sup>. Por ter proposto a necessidade de critérios materiais para a criminalização de condutas, Birnbaum é considerado o pai do conceito de bem jurídico. Com efeito, ganha força a ideia de que a intervenção jurídico-penal deve tutelar interesses reais das pessoas, diretamente vinculados à individualidade ou não, os quais, genericamente considerados, consistem na garantia de uma existência pacífica, livre e socialmente segura<sup>274</sup>. As concreções de tais interesses constituem os bens jurídico-penais, os quais, por sua importância fundamental, legitimam a interferência do ramo mais agressivo do direito<sup>275</sup>.

Do princípio de que o direito penal deve tutelar bens jurídicos, decorrem duas importantes consequências<sup>276</sup>: (I) o bem jurídico genericamente considerado tem uma função crítica; e (II) o bem jurídico protegido pelo tipo penal tem uma função interpretativa<sup>277</sup>. As duas funções têm uma conexão intrínseca. De fato, a determinação do bem jurídico não se formula como um rótulo final ao término do processo interpretativo; ao contrário, o impulso liberal do bem jurídico, isto é, o pressuposto de não criar restrições desnecessárias das

---

GARÓFALO, Raffaele. *La criminologia*. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2005, pp.6-22.

<sup>270</sup> BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op.cit.* pp.58-60.

<sup>271</sup> BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op.cit.* pp.80-82.

<sup>272</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997, p.51.

<sup>273</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.55.

<sup>274</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp.16 e ss.

<sup>275</sup> MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. v.7, 2005, p.13.

<sup>276</sup> HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. *Op.cit.* p.37.

<sup>277</sup> Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 3.ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p.39.

liberdades civis, dirige a formulação da matéria proibida e, conseqüentemente, o processo interpretativo já é, em si, crítico<sup>278</sup>.

A função crítica implica o bem jurídico ter caráter limitador do poder punitivo estatal<sup>279</sup>. Todavia, em uma sociedade axiologicamente plural e multicultural, não é possível construir uma teoria do bem jurídico que seja vinculante e suscetível de consenso<sup>280</sup>. Dessa forma, surge a concepção segundo a qual a Constituição pode ser compreendida como uma espécie de ponto de partida valorativo. Assim, são dos valores e princípios constitucionais que se extraem as limitações materiais ao poder punitivo<sup>281</sup>, sendo talvez o exemplo mais marcante a de que infrações meramente imorais não são suficientes para justificar a intervenção penal<sup>282</sup>.

Entretanto, a teoria do bem jurídico como critério de limitação do poder punitivo já não goza de unanimidade<sup>283</sup>. Michael Pawlik, por exemplo, apresenta sua crítica à teoria com base na constatação de que o conceito de bem jurídico-penal é politicamente condicionado. Com efeito, inclinações liberais ou conservadoras podem implicar a alteração no segmento dos bens percebidos como merecedores de proteção. A própria ideia de que apenas os interesses mais fundamentais devem ser tutelados não apresenta forte caráter limitador do poder punitivo: há um espectro muito vasto entre a estrita proteção da liberdade de atuação e a necessidade de estabilização de convicções morais e culturais. Também não prospera, o argumento de que o direito penal não tutela a moralidade, pois a questão acerca da fronteira entre o “meramente imoral” e o “jurídico-penalmente relevante” não pode ser

---

<sup>278</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.199.

<sup>279</sup> ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2.ed.Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993, pp.22 e ss.

<sup>280</sup> AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.238-239. Ver também: STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.370 e ss.

<sup>281</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Op.cit.p.56. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1989, pp.77 e ss.

<sup>282</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp.98-99.

<sup>283</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. *Revista Derecho Penal y Criminología*. v.26, n° 79, 2005, pp.87-89.

respondida com uma pretensão de validade geral e atemporal. Assim, por exemplo, nas reformas no direito penal sexual, a razão pela qual desaparecem as necessidades de castigo não é uma revisão mais profunda da urgência na delimitação do direito penal e da moral, mas sim uma alteração nas condições sociais<sup>284</sup>.

A despeito das críticas, o bem jurídico pode ser compreendido como conteúdo material do injusto típico, não perdendo, portanto, sua importante função de referencial interpretativo<sup>285</sup>. A norma penal, assim, protege bens e valores contidos nela, e, apenas mediatemente, tutela também a estrutura normativa social. Conforme explica Polaino Navarrete, esta interpretação explica a diferença de tratamento dos crimes consumado e tentado. A rigor, a simples tentativa já viola completamente a norma. O que justificaria a resposta punitiva diferenciada seria o fato de que, na tentativa, o injusto se constitui da perfeita violação da norma e de uma colocação em perigo do bem jurídico; no delito consumado há a perfeita violação da norma e uma perfeita lesão do bem jurídico<sup>286</sup>.

As teorias que, em alguma medida, procuram prescindir do conceito de bem jurídico mostram-se particularmente insatisfatórias para a compreensão do objeto de proteção dos delitos patrimoniais. Com efeito, como apontou Choclán Montalvo, uma declaração genérica do tipo “o castigo dos delitos patrimoniais de apoderamento pretende o restabelecimento dos cidadãos nas normas jurídico-civis que regulam os direitos reais, ou a estabilização ou a confirmação contrafática da vigência das normas” ajuda muito pouco a compreender o distinto alcance dos diversos tipos delitivos<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret*, n.2, 2016, pp.3-7. Ver também: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. vol.2, n.1, 2004, p.7. A propósito da flexibilização da racionalidade jurídica em prol de determinados objetivos político-criminais, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp.84 e ss.

<sup>285</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Concepto y método. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2003, p.123. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.60. Ver também exemplos concretos de como a delimitação do bem jurídico pode orientar a aplicação da norma incriminadora em: ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp.201-202. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.153.

<sup>286</sup> Cf. POLAINO NAVARRETE, Miguel. ¿Por qué existe y para qué sirve la pena? La función actual del derecho penal: bien jurídico versus vigencia de la norma. In: MAIER, Julio B. J. *et al.* (Directores). *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp.482-483. Ver também: HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, pp.38 e ss.

<sup>287</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.43-44.

### 3.2 Estelionato como delito patrimonial

A doutrina apresenta três possibilidades de interpretação do estelionato: (I) como delito contra a liberdade de disposição; (II) como delito contra a liberdade de disposição e contra o patrimônio; e (III) a posição absolutamente majoritária compreende o estelionato como delito patrimonial.

A doutrina dominante entende que para a configuração do estelionato é necessário, como resultado, um prejuízo patrimonial. O que se entende por prejuízo, entretanto, variará de acordo com a concepção de patrimônio adotada, questão a ser discutida posteriormente. Além disso, do ponto de vista estrutural do delito, deve existir uma instrumentalização da vítima mediante engano, elemento que serve para imputar o prejuízo ao autor<sup>288</sup>. Assim, a constatação de um ato de disposição não livre serve para afirmar a instrumentalização da vítima, mas não para caracterizar o estelionato, pois este último requer que a instrumentalização seja idônea para conduzir a um ato de disposição prejudicial. Dessa forma, o engano sempre lesiona a liberdade, mas uma afetação desta que não seja idônea para conduzir ao prejuízo não tem relevância penal para o tipo de estelionato. A liberdade, por um lado, é o objeto sobre o qual recai a instrumentalização e, por outro, pode entrar em jogo na determinação do prejuízo, caso se adote um conceito pessoal de patrimônio que reconheça ao titular como fonte de determinação livre do que é benéfico e do que é prejudicial<sup>289</sup>.

De acordo com a concepção de que o estelionato é delito contra a liberdade de disposição, o injusto consiste em a vítima ter sido ilegitimamente substituída em sua decisão de disposição. Dessa forma, haveria estelionato inclusive na ausência de um prejuízo patrimonial, como no exemplo: A engana B e vende para este tapete persa muito valioso por um preço muito inferior ao valor de mercado, com intenção de presentear B de forma discreta; A cometeria estelionato por ter com sua “manipulação” lesionado a liberdade de disposição de B<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> Cf. KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, *passim*.

<sup>289</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.50-52.

<sup>290</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.52-53.

A concepção do estelionato como delito contra a liberdade de disposição traz sérias dificuldades dogmáticas, as quais contribuiriam para que essa visão fosse rejeitada pela maioria da doutrina. A primeira dificuldade consiste em que, caso se aceite a premissa de que os tipos penais não são dispostos de forma arbitrária nos Códigos, mas sim de que a disposição responde a uma reflexão sobre o injusto dos comportamentos típicos, fica difícil entender a razão de o estelionato estar entre os crimes contra o patrimônio<sup>291</sup>. Além disso, não se exigiria o prejuízo ou, ao menos, este não teria conteúdo, tornando letra morta o elemento do “prejuízo alheio”. Por fim, se se segue esta interpretação, deve-se admitir que a lei penal protege mais a liberdade de disposição que a liberdade geral de agir; de fato, a liberdade geral de agir se protege frente à violência ou intimidação, mas, em geral, não frente ao engano<sup>292</sup>.

Kindhäuser foi o principal defensor de uma concepção mista do estelionato, o qual seria delito contra o patrimônio e contra a liberdade de disposição. Tal compreensão, em boa medida, deriva da comparação do estelionato com outros delitos patrimoniais. A extorsão, seguindo argumentação do autor, caracteriza-se pelo dano patrimonial e pela coação (ameaça ou violência). Entretanto, se a violência ou a ameaça constituem a extorsão da mesma forma que a astúcia manifestada no engano constitui o estelionato, não fica clara a razão de se entender a fraude apenas como delito patrimonial, ignorando-se a liberdade de disposição<sup>293</sup>. Assim, entendia o autor, constitui o injusto do estelionato a interferência na liberdade de disposição da pessoa lesionada, por meio da violação de um direito à verdade juridicamente garantido<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> Cf. RIBEIRO, José Antonio Pereira. *Fraude e estelionato*. 2.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, pp.63 e ss. Ver também: BACIGALUPO, Enrique. *Estafa de seguro. Apropiación indebida*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971, *passim*. Ver também: PEDRAZZI, Cesare. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milão: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1955, p.10. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. III. 3.ed. Actualizador: Manuel A. Bayala Basombrio. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p.5.

<sup>292</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.*p.53. A propósito, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp.233 e ss.

<sup>293</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. vol.103, n.2, 1991, pp.398-399.

<sup>294</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.423. O autor faz questão de ressaltar a necessidade da lesão ao direito à verdade. Isso porque, na maioria dos casos, as mentiras no estelionato lesionam um direito à verdade. Além disso, as mentiras que não lesionam o direito à verdade, na ausência de objetivo de lucro, são irrelevantes em termos de estelionato. Por essa razão, a restrição no sentido de que o engano típico lesiona um direito à verdade interferindo na liberdade de disposição, em regra, não é sequer percebida. Contudo, é possível pensar em casos em que estejam presentes o engano com o intuito de obter vantagem econômica sem que haja lesão ao direito à verdade. Kindhäuser cita o seguinte exemplo: em um processo penal, uma testemunha mente conscientemente com intenção de provocar uma disposição

Dois temas clássicos discutidos quando do tratamento do estelionato serviam à interpretação de Kindhäuser da fraude como delito contra o patrimônio e contra a liberdade de disposição, quais sejam: (I) a frustração dos fins e (II) a fronteira entre o estelionato em triângulo e outros delitos patrimoniais. Quanto ao primeiro tópico, afirmava o autor ser contraditório, por um lado, qualificar como dano patrimonial a frustração de finalidades econômicas e sociais e, por outro, excluir a liberdade de disposição do âmbito de proteção do estelionato<sup>295</sup>. Com efeito, se se pretende tutelar o patrimônio independentemente da liberdade de disposição, deve-se definir o dano patrimonial independentemente de propósitos subjetivos da disposição<sup>296</sup>. Entretanto, a tutela do patrimônio enquanto bem jurídico pressupõe que este serve ao livre desenvolvimento de seu titular. Seria impossível conciliar o uso do patrimônio para o livre desenvolvimento com a imposição da racionalidade do mercado. Dessa forma, o patrimônio é protegido como meio, e não independentemente, da liberdade de disposição<sup>297</sup>.

O outro eixo argumentativo de Kindhäuser acerca da natureza do delito de estelionato é a fronteira entre a fraude em triângulo e outros delitos patrimoniais. O autor desenvolve seu raciocínio com base na análise de casos, como o seguinte: A senhora K deseja comprar na loja de G uma roupa que já experimentara no dia anterior. Já que G não dispõe na sua loja da peça, fala por telefone com L, o qual dirige o armazém em outro local da cidade, informando que uma senhora K recolherá imediatamente uma roupa já paga, indicando as especificações. A senhora T ouve a conversa, dirige-se ao armazém e se apresenta a L como a senhora K e, assim, recebe a roupa<sup>298</sup>. Os elementos do estelionato – obtenção da vantagem por meio de engano e prejuízo alheio – estão presentes no caso, visto que o autor se aproveita de assimetria de informações entre quem realiza a disposição e quem é efetivamente lesado<sup>299</sup>. A doutrina majoritária, em face da mentira (e conseqüente engano) de T, afirmaria

---

patrimonial prejudicial dos ouvintes. Nesse caso, todos os pressupostos do estelionato estão presentes, exceto a violação do direito à verdade. Com efeito, o dever de veracidade da testemunha se aplica somente em relação ao Tribunal, não em relação aos demais ouvintes. KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.406.

<sup>295</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.408. A propósito, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada. Op.cit.*, pp.70 e ss.

<sup>296</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.408.

<sup>297</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*pp.408-409.

<sup>298</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*pp.417-418. O caso é, posteriormente, novamente analisado em: KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada. Op.cit.*pp.39-40.

<sup>299</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.419.



a existência de estelionato<sup>300</sup>. Entretanto, afirma Kindhäuser, não se verifica a interferência na liberdade de disposição do lesionado<sup>301</sup>. De fato, integra a liberdade de disposição o delegar um assunto próprio a um terceiro. E, se integra a liberdade de disposição o direito à verdade juridicamente garantido, então esse direito pode ser delegado seguindo a divisão do trabalho<sup>302</sup>. Esse direito é delegado quando o enganado é competente no lugar do lesionado para fazer valer o direito à verdade<sup>303</sup>. Em outras palavras, enganado e lesionado formam uma unidade organizativa<sup>304</sup>. Apenas nessas condições a astúcia de quem engana constitui também uma interferência na liberdade de disposição do lesionado. Isto elimina do campo do estelionato todos os casos em que o engano explora uma distância meramente fática entre o disponente e o lesionado, sem interferir na liberdade de disposição normativamente protegida do último<sup>305</sup>. Não se deve confundir o engano que influencia a liberdade de disposição com a mentira que falsifica esta disposição<sup>306</sup>. Dessa maneira, conclui-se do caso analisado que a astúcia de T não constitui uma lesão do direito à verdade. O autor (T) apenas explora uma disparidade ocasional preexistente de conhecimentos entre G e L para romper a custódia de G contra sua vontade<sup>307</sup>. A mentira de T, considerada pela doutrina majoritária o elemento caracterizador do estelionato, é juridicamente irrelevante, pois não viola nenhum direito à verdade. Além disso, é elemento meramente accidental para a constituição do fato.

---

<sup>300</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.423.

<sup>301</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.419.

<sup>302</sup> “Kurz: Der Getäuschte muß mit dem Geschädigten dergestalt in einer Beziehung stehen, daß er ein von diesem abgeleitetes Recht auf Wahrheit gegenüber dem Täuschenden hat”. KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.420.

<sup>303</sup> “Die Täuschung eines Dritten ist dann betrugsrelevant, wenn sie auch unter der Voraussetzung betrugsrelevant wäre, daß der Geschädigte selbst der Adressat der Erklärung des Täters ist”. KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.420.

<sup>304</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.421.

<sup>305</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.420.

<sup>306</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.420. Como esclarece Choclán Montalvo, ao tratar da distinção entre estelionato e furto, a disposição patrimonial não é mero deslocamento possessório. De fato, deve ser compreendida como disposição que visa cumprir determinadas finalidades do titular do patrimônio. Ou seja, não se pode prescindir das motivações do disponente para configuração da disposição patrimonial constituinte do estelionato. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.187. A propósito, ver: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Revista de Derecho*. vol. XXIII, n.1, 2010, pp.203 e 206.

<sup>307</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.421. KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*p.40.

O ataque é de natureza direta frente ao titular do patrimônio e, por isso, deve ser qualificado como furto<sup>308</sup>.

Importante ressaltar, contudo, que o próprio Kindhäuser mudou seu posicionamento acerca da natureza do delito de estelionato. O autor passa a compreender tal crime como uma forma tipificada de autoria mediata. O engano, portanto, não lesionaria o bem jurídico tutelado, constituindo, sim, um critério ubiquitário para a autoria mediata em erro do homem de frente (isto é, do enganado)<sup>309</sup>. Quanto à fraude triangular, o autor não muda muito de posição. Com efeito, revendo o caso analisado da obtenção da roupa, Kindhäuser chega ao mesmo resultado de seu pensamento anterior, sem mencionar, contudo, a interferência na liberdade de disposição. Para que a disposição patrimonial de um terceiro constitua um estelionato, segundo o autor, dois pressupostos devem ser atendidos: (I) a disposição do terceiro deve ser imputável ao titular do patrimônio como disposição própria, pois de outra forma o ataque do autor na esfera da vítima (desde sua perspectiva) tem lugar sem intermediação; (II) o autor deve lesionar um direito à verdade do titular do patrimônio por meio do engano, pois, de outra forma, o autor não deve responder por uma disposição da vítima<sup>310</sup>.

Em vista das inconsistências teóricas dos posicionamentos que compreendem o estelionato como delito apenas contra a liberdade de disposição, é necessário reconhecer a razão da doutrina majoritária ao afirmar que o estelionato é um delito patrimonial, devendo o engano típico constituir um risco de prejuízo. Entretanto, desde já é preciso esclarecer que reconhecer o estelionato como delito patrimonial não implica não reconhecer que, como ficará mais claro ao fim do capítulo, a previsão do estelionato sirva, de fato, como uma forma de proteção mediata da liberdade de disposição<sup>311</sup>. A dogmática da fraude é rica em propostas sobre como devem ser definidos o conteúdo e alcance do patrimônio e de sua lesão. Normalmente, ditas considerações não partem de pautas específicas do tipo penal – a estrutura do delito, a posição sistemática no contexto de crimes patrimoniais etc. – mas sim tomam por base o desenvolvimento de um conceito abstrato de patrimônio que depois é

---

<sup>308</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.423. KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada. Op.cit.*p.40.

<sup>309</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada. Op.cit.*p.29, nota 40.

<sup>310</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada. Op.cit.*p.38.

<sup>311</sup> GALLEGOS SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Op.cit.* pp.250 e ss.

aplicado como pauta de interpretação em face dos elementos legais<sup>312</sup>. Dessa forma, ainda persistem na doutrina muitas obscuridades acerca de qual o referente do risco típico no delito de estelionato<sup>313</sup>, motivo pelo qual não se pode prosseguir sem antes delimitar os contornos do bem jurídico tutelado.

### 3.3 Outros bens tutelados?

Embora seja amplamente aceito que o estelionato tutela o patrimônio, há quem faça alusão à possibilidade de afetação de outros valores, tais como a confiança e a boa-fé nas relações jurídicas. Assim, além do patrimônio, o ordenamento tutelaria a verdade, a lealdade e a boa-fé no tráfico mercantil<sup>314</sup>, pois, argumenta-se, não tutelar a honestidade nos negócios poderia criar uma atmosfera de inadimplemento negocial, fundada no “temor de descumprimento e/ou prejuízo em outros enlances contratuais”<sup>315</sup>.

Tais posicionamentos não convencem. Como afirma Bajo Fernández<sup>316</sup>, o engano tem apenas a função de delimitar a conduta penalmente relevante constituinte de um estelionato. O engano, por si, não merece uma repressão especial<sup>317</sup>. O motivo pelo qual a conduta enganosa é reprimida penalmente é que dela deriva, mediante o ato de disposição do enganado, um prejuízo patrimonial. Não por outro motivo, o engano sem o prejuízo patrimonial correspondente pode, em determinadas circunstâncias, configurar uma tentativa de estelionato, mas não o delito consumado, haja vista que a previsão da tentativa amplia a norma típica para abranger em seu conteúdo proibitivo a ameaça ao bem jurídico, como uma

---

<sup>312</sup> Nesse sentido: KINDHÄUSER, Urs. Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa. *Actualidad penal*, n.17, 2002, p.416. Ver também: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada. Op.cit.* p.48. PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. *InDret*, n.4, 2016, p.6.

<sup>313</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación. Op.cit.* pp.19-20.

<sup>314</sup> Cf. ANTÓN ONECA, José. Las estafas y otros engaños. In: *Obras*. Tomo III. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p.71. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa. Op.cit.* pp.76-77.

<sup>315</sup> LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. *Op.cit.* pp.30-32.

<sup>316</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal. Op.cit.* pp.15 e ss.

<sup>317</sup> Em sentido crítico, ver: DRUZIN, Bryan H.; LI, Jessica. The criminalization of lying: under what circumstances, if any, should lies be made criminal? *The Journal of Criminal Law & Criminology*. v. 101, nº 2, 2010.

forma a mais de ofendê-lo, sem, contudo, mudar o objeto de proteção, o qual continua a ser o mesmo do delito consumado<sup>318</sup>.

Efetivamente, o entendimento de que o delito de estelionato protege a boa-fé no tráfico jurídico leva a resultados pouco satisfatórios<sup>319</sup>. Por exemplo, como já mencionado, haveria um “adiantamento das formas imperfeitas de execução”, já que o engano seria já o resultado típico, não a modalidade da conduta. Além disso, seria forçoso reconhecer a fraude punível nos casos em que o engano ocorre em um contexto de negócio ilícito<sup>320</sup>. Por esses motivos, a doutrina inclina-se por compreender o estelionato como lesão ao patrimônio alheio, reduzindo a relevância do engano ao papel de delimitar a ação penalmente relevante e diferenciar as distintas condutas que atentam contra o patrimônio<sup>321</sup>.

### **3.4 Crime contra o patrimônio ou contra a propriedade?**

Há uma antiga discussão acerca da necessidade de distinção entre propriedade e patrimônio a fim de corretamente classificar os genericamente denominados delitos contra valores patrimoniais. O fundamento da diferenciação é a dificuldade de unificar a variedade de delitos tipificados sob um único conceito. Com efeito, as diversas formas de agressão ao patrimônio apresentam matizes tão distintos que, não raramente, impossibilitam a sua reunião em uma única categoria apta a compreendê-los. Por essa razão, propunha-se a distinção entre crimes contra a propriedade e crimes contra o patrimônio. Desde já é preciso esclarecer que não se tratava de uma classificação em função do objeto sobre o qual se dirige o ataque, pois a ação, nos dois grupos, projeta-se contra elementos singulares do patrimônio.

---

<sup>318</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.42.

<sup>319</sup> Antón Oneca entendia que as discussões que pretendiam reduzir os bens protegidos pelo estelionato eram um tanto quanto bizantinas. Segundo o autor, o ataque do estelionatário ao patrimônio alheio “es evidente, y si algunos escritores no lo mencionan, señalando solamente la defensa de la buena fe, es porque dan a aquél por supuesto, omitiendo lo genérico para subrayar lo específico. Del otro lado, quienes concretan el bien jurídico no pueden menos de reconocer que, entre el conjunto de especies delictivas contra el mismo, hay una o algunas, caracterizadas por los medios engañosos, que reciben el nombre de estafas. Ahora bien, la naturaleza de tales medios no sería motivo suficiente para una represión especial si en su empleo no existiera un daño o peligro para un interés social de importancia: la confianza y la seguridad en las relaciones jurídicas patrimoniales”. ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.72.

<sup>320</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*pp.15-16. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.76-77.

<sup>321</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.16.

Trata-se, na verdade, de expressar o bem jurídico tutelado em cada caso. Nos delitos contra a propriedade, tutela-se a relação de domínio, por meio da proibição de condutas que afetem o poder amplo do proprietário sobre a coisa, ainda que esta não tenha um valor econômico. De fato, é possível ser proprietário, conforme o direito civil, de coisas sem valor determinável economicamente em termos objetivos. Portanto, protege-se o poder jurídico do proprietário sobre a coisa, ou, mais precisamente, a função que compete à coisa sujeita ao domínio de acordo com as finalidades de seu titular ou o interesse que tenha o titular em conservar a coisa dentro de sua esfera de domínio; assim, um objeto que tenha um mero valor sentimental pode reportar a seu titular a satisfação de um interesse tutelável em maior medida que o interesse estritamente patrimonial. A proteção da propriedade, portanto, adota uma perspectiva formal. Por outro lado, os delitos contra o patrimônio teriam um aspecto material, de modo que a configuração de um crime contra o patrimônio requer um prejuízo de índole econômica e, por isso, deve recair sobre bens econômicos, avaliáveis monetariamente<sup>322</sup>. O estelionato seria o exemplo mais evidente de delito contra o patrimônio<sup>323</sup>.

Não são recentes, entretanto, as tentativas de superar a cisão do conceito penal de patrimônio, por meio da elaboração de uma definição que pudesse ser capaz de conferir rendimento dogmático a todos os delitos dessa natureza<sup>324</sup>. Com efeito, Rodríguez Devesa observou que o direito privado ensina que propriedade em sentido técnico é um direito real sobre coisas corpóreas, noção manifestamente incompatível com o conteúdo que se atribui aos “delitos contra a propriedade”, os quais incluem figuras sem a função de proteger qualquer direito real sobre coisas corpóreas. Segundo o autor, tais dificuldades aparentemente insuperáveis desapareceriam ao se pedir auxílio à Filosofia do Direito, especialmente ao chamado Direito Natural, pois ali se encontra uma acepção mais ampla de propriedade, na qual cabem, não apenas as coisas, mas também os direitos, reais ou de crédito<sup>325</sup>. O autor, contudo, reviu a própria posição. Segundo Rodríguez Devesa, a interpretação do termo “propriedade” deve ser mais ampla que a acepção civilista e mais

---

<sup>322</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.47-50. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*pp.83-84.

<sup>323</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*pp.26-27.

<sup>324</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.85.

<sup>325</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *El hurto propio en la historia y en la legislación vigente en España con concreta referencia al nº 1º del art. 514 del Código Penal de 23 de diciembre 1944*. Tese (Doutorado). Madrid: Universidad de Madrid, 1945, pp.56 e ss.

concreta que a concepção filosófica. Dessa forma, ainda afirmando ser o termo “patrimônio” inadequado para representar uma unidade, visto que não é possível conceber os delitos em questão como um ataque a tal “unidade”, admite que o conceito de patrimônio proporciona uma referência útil para determinar o nexos comum entre os delitos dessa natureza. Passa a sustentar, assim, que o bem jurídico tutelado no Título XIII do Código Penal Espanhol de então é a propriedade entendida como o conjunto indeterminado de relações jurídico-patrimoniais que geralmente têm valor econômico, isto é, a propriedade como expressão equivalente a elementos integrantes do patrimônio<sup>326</sup>.

Em boa medida, a discussão “crimes contra a propriedade vs. crimes contra o patrimônio” já está superada<sup>327</sup>. Gradativamente, nota-se uma tendência de “materialização dos crimes contra a propriedade” em paralelo a uma “formalização dos crimes contra o patrimônio”<sup>328</sup>. Com efeito, por um lado, a doutrina reconhece restrições ao caráter formal dos outrora chamados delitos contra a propriedade, sendo, ainda, a propriedade compreendida em seu sentido estático-formal. Exemplo dessa restrição é o reconhecimento do princípio da insignificância lesiva da conduta. Por outro lado, a adoção de um conceito material-dinâmico de propriedade conduz a determinadas consequências dogmáticas. Por exemplo: (I) devem ser consideradas atípicas ações que, embora lesionem interesses do titular, não suponham perda da funcionalidade do bem, como nos casos em que não se produz uma expropriação do titular (*e.g.*, furto de uso não punível); (II) na medida em que o objeto seja substituído por outro que proporciona a mesma utilidade, deve-se excluir a relevância penal da conduta por insignificância lesiva<sup>329</sup>. Quanto aos delitos contra o patrimônio, observa-se uma formalização do dano. De fato, como será mostrado nesse capítulo, o reconhecimento do critério objetivo-individual para a configuração do prejuízo patrimonial no estelionato é exemplo de que o aspecto monetário do dano já não é imprescindível para a tipicidade da conduta prevista no artigo 171 do Código Penal Brasileiro<sup>330</sup>.

Zugaldía Espinar entende que seria contraproducente criar um conceito próprio de propriedade para o direito penal, visto que a noção de propriedade é um conceito que

---

<sup>326</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José Maria. Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.13, 1960, pp.52-53.

<sup>327</sup> Ver: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.78 e ss.

<sup>328</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.86.

<sup>329</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.61-63.

<sup>330</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.88.

pertence à teoria geral do direito. Dessa forma, a tentativa de redefinir a propriedade desde o ponto de vista penal, por um lado, somada à justificada renúncia a considerar a propriedade em seu sentido estrito jurídico-privado como o bem jurídico comum a todos os chamados, no Código Penal Espanhol da época, delitos contra a propriedade, por outro, levaram a doutrina a adotar um conceito distinto – mais amplo, diz-se – para englobar esse conjunto de relações reais e obrigacionais: o conceito de patrimônio<sup>331</sup>. Nesse sentido, na doutrina nacional, Salvador Netto entende possível a superação da distinção entre delitos patrimoniais e delitos contra a propriedade, por meio da unificação do conceito de patrimônio<sup>332</sup>. De fato, a depender da extensão do conceito de patrimônio, a discussão “crimes contra a propriedade vs. crimes contra o patrimônio” perde o sentido. Por essa razão, é preciso que a doutrina se esforce para delimitar o conceito de patrimônio e, conseqüentemente, de prejuízo patrimonial.

### 3.5 Base normativa para a construção do conceito de patrimônio

Cotidianamente, o termo “patrimônio” é utilizado de diversas formas, em variados contextos. No âmbito jurídico, o patrimônio enquanto objeto de proteção aparece não só na seara penal. Por essa razão, surgiram duas correntes doutrinárias acerca do conceito de patrimônio: (I) a corrente privatista, a qual defende que o sentido a ser atribuído aos termos provenientes do direito privado deve ser deduzido exclusivamente deste setor jurídico, visto que o direito penal não pode modificar a essência das instituições próprias de outros ramos do direito, devendo limitar-se a conferir tutela aos objetos de proteção delineados no âmbito do direito civil; (II) a corrente autonomista, segundo a qual o direito penal pode remodelar as instituições que encontram sua regulação fundamental no direito privado, de modo que estas instituições, para fins penais, tenham, ao menos, uma “coloração autônoma”<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.* pp.15-16.

<sup>332</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada. Op.cit.* p.88.

<sup>333</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale I. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1960, pp.180-181. Ver também: SILVA MELERO, Valentin. Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.1, 1948, p.247. RODRÍGUEZ DEVESA, José Maria. Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad. *Op.cit.* pp.44 e ss.

Como ensina Giuseppe Guarneri<sup>334</sup>, vários fatores influenciaram a formação da chamada corrente privatista, dos quais três são de maior relevância. Em primeiro lugar, o positivismo jurídico propunha derivar de modo rigoroso os conceitos jurídicos das normas de direito vigente, prescindindo de quaisquer outros elementos. Com efeito, era natural, concebendo o direito de uma maneira formal, conferir aos conceitos jurídicos os significados extraídos de sua sede originária. Era uma maneira de se evitar contradições entre os ramos do direito<sup>335</sup>. Um segundo fator foi o pancivilismo. De fato, o desenvolvimento tardio da ciência do direito penal em comparação com a ciência “romanista-privatista” permitiu que esta última se impusesse a todos os ramos do conhecimento jurídico<sup>336</sup>. Outro fator foi a “tirania da linguagem jurídica”. Conforme afirmava Carnelutti, a expressão de um conceito tem duas fases: definição e denominação. A primeira nada mais é do que a expressão verbal dos caracteres originários do conceito, ao passo que a segunda é um etiquetamento do conceito. A denominação, ainda com Carnelutti, deve constituir um extrato da definição, uma definição reduzida<sup>337</sup>. A “tirania da linguagem”, portanto, seria essa suposta necessidade de um termo trazer em si seu conteúdo<sup>338</sup>.

A concepção privatista mostra-se, na prática, insustentável. Com efeito, sua adoção possibilitaria, por exemplo, que o a subtração de coisa alheia faticamente móvel, porém imóvel desde a perspectiva do direito privado, não constituísse furto<sup>339</sup>. Embora esta teoria tenha o objetivo de manter a unidade do direito, tal unidade não implica necessariamente conformidade de interpretação e de valoração dos institutos nos diversos ramos jurídicos. De fato, tendo em vista o caráter essencialmente público do direito penal, a dependência

---

<sup>334</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Diritto penale e influenze civilistiche*. Saggio su alcuni concetti della Parte Generale del Diritto Penale. Milano: Fratelli Bocca – Editori, 1947.

<sup>335</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Op.cit.*pp.13-14.

<sup>336</sup> Cf. GUARNERI, Giuseppe. *Op.cit.*pp.14-17.

<sup>337</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. Trad. Angel Ossorio. Caracas: UTEHA, 1962, pp.65-67.

<sup>338</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Op.cit.*pp.16-17. Guarneri critica essa “tirania” afirmando que o jurista não realizaria seu ofício se se contentasse com etiquetas, não procurando penetrar o conteúdo do conceito. Diferentemente do matemático, o jurista deve diferenciar forma de conteúdo. GUARNERI, Giuseppe. *Op.cit.*pp.19-20. A propósito, vale lembrar a lição de Foucault no sentido de que o surgimento das ciências humanas seriam uma espécie de “desmatematização”. Cf. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma T. Muchail. 10.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp.482-484.

<sup>339</sup> Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*pp.29-33.



sistemática deste em relação ao direito privado seria um obstáculo difícil de superar para esclarecer a natureza e as finalidades do direito penal<sup>340</sup>.

Hans-Jürgen Bruns foi uma voz de destaque contra a concepção civilista. Segundo o autor, o delito era o exercício de uma vontade criminosa e seu castigo não poderia ficar refém de tecnicidades jurídico-civis<sup>341</sup>. Além disso, com fundamento na Jurisprudência dos Interesses – segundo a qual o juiz deveria aplicar juízos de valor contidos na lei com vista ao caso concreto, flexibilizando, assim, os limites formalistas do positivismo<sup>342</sup> –, defendia a possibilidade de relativizar conceitos jurídicos, especialmente em ramos diferentes do direito<sup>343</sup>.

Pastor Muñoz apresentou três críticas ao pensamento de Bruns. Primeiramente, Bruns não explicou por que a autonomia do direito penal implicava necessariamente o abandono de todo referente jurídico na definição de patrimônio. Em segundo lugar, a perspectiva fática do autor não deixava claro o que era fático, isto é, o que eram e como poderiam ser compreendidos os fatos. Em outras palavras, a proposta de Bruns é rejeitar a perspectiva jurídico-civil, sem indicar, contudo, um conteúdo positivo mínimo. Por fim, a perspectiva fática não pode deixar de ser valorativa. Assim, por exemplo quando na construção do conceito de patrimônio se recorre à Economia, escolhe-se como critério de determinação do fático um sistema com seus critérios valorativos<sup>344</sup>. Ademais, como complementou Salvador Netto, a perspectiva puramente fática possibilita discordâncias graves entre as disciplinas jurídicas<sup>345</sup>.

Vistos os problemas das concepções extremas, preferível será uma solução intermediária<sup>346</sup>. Assim, pode-se partir das construções do direito privado para a interpretação dos elementos patrimoniais. Contudo, se necessário, tais construções podem

---

<sup>340</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Op.cit.*p.34.

<sup>341</sup> BRUNS, Hans-Jürgen. *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*. Berlin: Nicolaische Verlagsbuchhandlung, 1938, pp.51 e ss.

<sup>342</sup> LARENZ, Karl. *Op.cit.*p.69.

<sup>343</sup> O autor chega a citar a frase de Rudolf Müller-Erbach de que “O mundo do direito não é uniforme; cada legislador forma, de seu trono, sua visão de mundo, então o mundo do civilista não é o mesmo que o do criminalista”. BRUNS, Hans-Jürgen. *Op.cit.*pp114-115.

<sup>344</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.61-62.

<sup>345</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.33.

<sup>346</sup> Cf. LÓPEZ HERNÁNDEZ, Gerardo Miguel. Sobre la tutela penal del patrimonio. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.18, 1965, p.519.

ser redesenhadas corretivamente. Dessa forma, a valoração negativa – com fundamento material, não meramente formal – de uma posição de poder emitida pelo direito civil obrigaria a excluir essa posição de poder do conceito de patrimônio<sup>347</sup>.

Tendo em vista a solução proposta e a conseqüente não irrelevância da valoração jurídico-civil das relações econômicas, os bens destas relações podem encontrar-se em três situações. Em primeiro lugar, há os bens não ilícitos, isto é, reconhecidos pelo direito e que estão na esfera patrimonial de quem deveriam estar, seja o proprietário ou o possuidor legítimo. Em segundo lugar, tem-se a situação oposta: bens que, a despeito de eventual valor econômico, não são reconhecidos pelo direito, não integrando, portanto, o patrimônio. Por fim, há uma situação intermediária mais complexa: bens que, em si, são reconhecidos pelo direito, porém são adquiridos ou negociados em um contexto de irregularidade jurídica<sup>348</sup>. Os casos deste último grupo podem ser analisados em duas situações: (I) engano em negócio ilícito; e (II) engano contra possuidor ilegítimo.

### 3.5.1 Estelionato e negócio ilícito

Há uma série de posicionamentos doutrinários acerca de qual tratamento deve ser dado aos casos em que ocorre um engano em um negócio jurídico bilateral ilícito. A cizânia fundamenta-se em dois pilares: se, por um lado, é evidente o menoscabo econômico decorrente do engano, por outro, o engano se deu em um contexto de ilicitude, ou seja, em uma hipótese em que o próprio direito civil nega proteção patrimonial. Coloca-se, então, o dilema: deve o direito penal, reservado para agir diante das mais graves agressões aos bens jurídicos, conferir proteção ao patrimônio no caso em que o direito civil não oferece tutela; ou deve o direito penal, quando da definição de seu objeto de proteção, ter em conta o juízo

---

<sup>347</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. Op.cit.pp.33-36. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Op.cit.pp.64-65. HUERTA TOCILDO, Susana. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid: Editorial Civitas, 1980, p.23.

<sup>348</sup> Gladys Romero é da opinião de que as tradicionais teorias sobre o conceito de patrimônio não conseguem resolver satisfatoriamente o problema referente a negócios envolvendo disposição de bens obtidos ilegitimamente. Esse parece ser um importante argumento de reforço para justificar o estudo destas situações como uma questão preliminar à concepção propriamente dita de patrimônio. Cf. ROMERO, Gladys. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. *Revista de Derecho Penal*. n. 2, 2000, p.123. Ver também: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Op.cit.pp.65-66.

negativo do direito civil sobre determinadas expectativas às quais é negado reconhecimento?<sup>349</sup>

Para discussão da relevância da fraude em negócios ilícitos, lança-se mão aqui de dois casos bastante citados pela doutrina. Seguindo o exemplo de Conde-Pumpido Ferreiro<sup>350</sup>, toma-se o primeiro caso da literatura: na obra *El perro del hortelano*, Lope de Vega narra o episódio em que Tristán, criado de Teodoro, é pago para matar seu senhor, para evitar a união deste com a condessa de Belflor; leal amigo, Tristán recebe o valor combinado, mas não tira a vida de Teodoro<sup>351</sup>: é o famoso caso do falso sicário. O segundo caso sempre aparece com uma variação: uma prostituta recebe um valor de um cliente, mas não realiza o serviço; ou a prostituta realiza o serviço, mas o cliente não paga o valor combinado<sup>352</sup>.

Além da aparição recorrente, os casos selecionados indicam que a ilicitude de que se trata aqui é material. Em outras palavras, faz-se referência ao conteúdo das prestações combinadas. Ilicitudes decorrentes de meras questões formais não importam nesse momento. Esta distinção é relevante, pois são discutidos aqui casos em que o direito civil nega proteção

---

<sup>349</sup>Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). *Revista de Derecho penal e Criminología*, n.5, 2000, p.339.

<sup>350</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.90.

<sup>351</sup> De fato, logo após fechar o negócio, Tristán conta a Teodoro o ocorrido: “Los dos necios son mayores/ que tiene tan gran lugar./ Esta cadena me han dado./ mil escudos prometido/ porque hoy te mate”. LOPE DE VEGA, Félix. *El perro del Hortelano*. Santa Fé: El Cid Editor, 2014, pp.178 e ss.

<sup>352</sup> A questão da ilicitude da prostituição no Brasil é bastante controversa. Embora a jurisprudência já tenha reconhecido a licitude da atividade (em *obiter dictum*: STF - ARE: 1215298 SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 14/06/2019, Data de Publicação: DJe-134 19/06/2019; no mérito, desclassificando a conduta da prostituta que subtrai violentamente objeto de valor de cliente inadimplente de roubo impróprio para exercício arbitrário das próprias razões: STJ - HC 211.888 TO. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 17/05/2016, T6 - Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 07/06/2016), ainda há divergência. O fundamento do não reconhecimento da licitude da atividade da prostituta é a correlação entre ilicitude e não observância da cláusula geral dos bons costumes, que tem a função, precisamente, de limitar o exercício da autonomia privada. Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v.14, 2017, pp.99 e ss. CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v.8, 2016. Este trabalho, com o propósito de desenvolver a argumentação a seguir, assumirá a premissa de que a prostituição é um ato ilícito. Com efeito, como aponta Gallego Soler, a prostituição não poderia ser compreendida como atividade ilícita em casos como o da Holanda, onde o exercício da prostituição não é apenas legal, mas também tem uma ampla proteção normativa em termos trabalhistas e previdenciários, além de regulação fiscal. Nestes casos, não se pode falar de uma prostituição antijurídica, por mera contravenção à moralidade. GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.284, nota 643. Acerca da ilicitude da prostituição na Espanha, ver: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Los delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código penal de 1994. In: LATORRE LATORRE, Virgilio (Coordinador). *Mujer y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p.86.

precisamente por causa do conteúdo do negócio<sup>353</sup>. Esclareça-se, entretanto, que a ilicitude material não requer necessariamente que o objeto do negócio seja criminoso. A ilicitude material abarca também os chamados negócios imorais<sup>354</sup>.

Ao tratar da questão, Nelson Hungria afirma que não há fraude punível nos negócios ilícitos ou imorais. Segundo o autor, o patrimônio cuja lesão decorrente de fraude constitui o estelionato é apenas o patrimônio juridicamente protegido, ou seja, aquele que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social. Não sendo este o caso, falha a sanção civil e, necessariamente, deve também falhar a sanção penal, pois, de outro modo, haveria uma contradição normativa. Na verdade, Hungria sequer reconhece o menoscabo econômico como prejuízo, pois este, além de sua vertente material, tem de ser antijurídico. E falta antijuridicidade ao dano a que a lei nega reparação<sup>355</sup>.

Contudo, propostas que pregam a não punibilidade das fraudes ocorridas em contextos de negócios ilícitos, como defende Hungria, são duramente criticadas pela doutrina. O fundamento das críticas é o entendimento de que o fator decisivo para a configuração – e, conseqüentemente, punição – do estelionato é o interesse social no castigo dos defraudadores<sup>356</sup>. E esse interesse não deixa de existir por causa do comportamento antijurídico do agente<sup>357</sup>. Há, portanto, uma inversão da perspectiva: se, por exemplo,

---

<sup>353</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. *Op.cit.*pp.340-341.

<sup>354</sup> DERNBURG, Arrigo. *Op.cit.*p.63. Sobre a moralidade nos negócios jurídicos, ver: DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro *et al.* Madrid: Dykinson, 2010, pp.93 e ss. Crítica ao pensamento de Devlin: HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1987, *passim*. Para um síntese da discussão: DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*. v.40, 1999, pp.928 e ss.

<sup>355</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. vol.VII. *Op.cit.*pp.186-190.

<sup>356</sup> Cf. MAGGINI, Attilio. *La truffa*. Padova: Cedam, 1988, p.68.

<sup>357</sup> Valle Muñiz, a propósito, com base no Código Penal Espanhol com a redação da Ley Orgánica 8/1983, afirmava que, do ponto de vista do direito positivo, não caberia dúvidas acerca da punibilidade do estelionato cometido por meio de negócio ilícito, visto que o artigo 529-6º do referido diploma legislativo criminalizava a defraudação produzida no tráfico de suposta influência ou com pretexto de remunerar funcionário público, evidente negócio ilícito. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil. Barcelona: Bosch, 1987, p.253. Importante esclarecer que o delito de tráfico de influência no direito espanhol é bastante diferente da previsão brasileira. A propósito, ver: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Corrupción pública y globalización. Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción. *Dereito*. v.26, nº1, 2017, pp.16 e ss. CUGAT MAURI, Miriam. El tráfico de influencias: un tipo prescindible. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n.16-07, 2014, pp.2 e ss. ROMERO DE TEJADA, José Maria. El delito del tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local. *Cuadernos de derecho local*. n. 24, 2010, pp.67 e ss. O argumento de Valle Muñiz não pode ser decisivo no contexto do direito nacional. Com efeito, embora o Brasil criminalize o engano do tráfico de influência, o bem jurídico tutelado é a Administração Pública. Tanto é assim que o Código prevê no parágrafo único do artigo 332 uma causa de aumento de pena se houver insinuação de que a vantagem também se destina ao funcionário público. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v.V. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.246. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Comentário ao artigo 332. In: REALE

Hungria entende que o direito penal não deve se rebaixar para cuidar de fraudes em contextos de ilicitude<sup>358</sup>, agora defende-se a necessidade de intervenção penal precisamente por causa da reprovabilidade das condutas dos envolvidos<sup>359</sup>.

Defendendo a tese de ampla punibilidade nos casos de enganos em negócios ilícitos destaca-se Asua Batarrita. Segundo a autora, o fato de que a finalidade seja ilícita não converte a disposição patrimonial em um ato sem sentido, configurando-se o prejuízo típico precisamente em razão da não obtenção do fim ilícito. Assim, por exemplo, cometeria estelionato quem finge captar doações para a compra de explosivos para uma organização terrorista, apropriando-se do arrecadado. Caso a doação fosse efetivamente destinada ao fim pretendido, o doador responderia criminalmente pela participação delitiva. Contudo, segundo a autora, este dado não invalida a punibilidade do engano. Quando o fim da disposição patrimonial não é obtido, por se tratar de uma manobra enganosa para enriquecimento às custas do “doador”, deve-se reconhecer o dano patrimonial pela frustração do fim pretendido. Entender de outra forma, seria ignorar a autonomia das normas. Com efeito, a proibição do estelionato tem por finalidade proteger o patrimônio frente às ingerências alheias que, mediante engano, pretendam enriquecer um terceiro por meio do empobrecimento da vítima. As proibições de lesionar ou colaborar com a lesão de outros bens jurídicos decorrem de outras normas, diferentes da proibição do estelionato. Logo, conclui a autora, a motivação ilícita não desvirtua a proteção penal conferida pelo tipo do

---

JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp.975 e ss. Cf., no âmbito do direito italiano: MAGGINI, Attilio. *Op.cit.* pp.108-109. ZANNOTTI, Roberto. *Op.cit.* pp.158-159. LUCARELLI, Umberto. *La truffa*. Aspetti penali, civili, processuali. Padova: CEDAM, 2002, pp.239-240. FANELLI, Andrea. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1998, pp.270-271.

<sup>358</sup> “Das duas, uma: ou o poder social se alheia aos casos de torpeza recíproca, ou terá de transigir com o seu indeclinável ódio à imoralidade e ao crime”. HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. *Op.cit.*p.87.

<sup>359</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.90. Choclán Montalvo, a propósito, defende que, em tese, a vítima poderia ser punida, pois, por exemplo, quem paga ao falso sicário comete, desde a perspectiva do agente, uma conduta adequada para causar a morte alheia. Tendo em vista que, em princípio, pode ser punível a tentativa inidônea da vítima, Choclán afirma que devem ser buscadas razões específicas para justificar a impunidade. Uma razão seria a de que o castigo da tentativa inidônea nos delitos patrimoniais pode supor uma exagerada antecipação da tutela penal. Ademais, haveria o aspecto da necessidade de pena. Segundo o autor, trata-se de uma questão de *poena naturalis*: prejuízos graves ao agente decorreriam de sua própria conduta, tornando sem sentido a aplicação de uma sanção penal. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.215-216. A propósito da pena natural, ver: KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, pp.149-150.

estelionato à integridade patrimonial da vítima de enganos, mesmo que o interesse da disposição patrimonial seja reprovável juridicamente<sup>360</sup>.

Um importante setor doutrinário, contudo, entende ser necessário distinguir, no contexto de um negócio ilícito, entre os casos de “pagamento – não realização da prestação ilícita” e de “prestação ilícita – não pagamento”. Bajo Fernández afirma existir quase uma unanimidade para negar o delito de estelionato nos casos de prestação ilícita seguida de não pagamento, pois da prestação ilícita não nasce um crédito exigível. Segundo o autor, a prestação de um serviço lícito é um ato de disposição patrimonial, haja vista tratar-se de um comportamento com valor econômico. Nesse caso, o prejuízo típico decorre do fato de que o patrimônio sofre uma diminuição ao não se fazer efetivo o direito de crédito que nasce da prestação de um serviço lícito. Consequentemente, quando da prestação do serviço não nasce uma pretensão juridicamente fundamentada, como é o caso do serviço ilícito, não se pode considerar existente delito de estelionato por inexistência de prejuízo. Dessa forma, por exemplo, não comete estelionato o cliente que não paga a prostituta após a realização do serviço sexual<sup>361</sup>. Inversamente, comete estelionato a prostituta que recebe o pagamento, mas não realiza o serviço, pois a prestação pecuniária é lícita, e, assim, apesar da pretensão de um benefício imoral, há prejuízo típico do estelionato<sup>362</sup>.

Contra esta concepção diferenciadora, manifestou-se vigorosamente Monika Frommel<sup>363</sup>. Segundo a autora, as fundamentações oferecidas para resolução de casos como os discutidos no parágrafo anterior obedecem a um padrão: as argumentações jurídico-conceituais são deixadas de lado em favor de “fórmulas moralizantes”. O resultado é uma postura jurídica de “camaradagem com o cliente”, ao passo que a prostituta passa a figurar como um sujeito carente de direitos<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> ASUA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.46, 1993, pp.157-158.

<sup>361</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa*. *Op.cit.*pp.82-83.

<sup>362</sup> ROMERO, Gladys. *Op.cit.*p.294. Ver también a jurisprudência mencionada em: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa*. *Op.cit.*p.83.

<sup>363</sup> FROMMEL, Monika. ¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. v. 3, 1997.

<sup>364</sup> FROMMEL, Monika. ¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas? *Op.cit.*p.234.

Analisando a questão do ponto de vista dogmático, segue Frommel, a solução deve ser distinta. Partindo-se da perspectiva do direito civil, deve-se reconhecer que, efetivamente, há contratos sem força vinculante. Nessas hipóteses, fica ao arbítrio das partes respeitar ou não o combinado. Com efeito, não se pode impor juridicamente o cumprimento da promessa de realizar relações sexuais em troca de dinheiro. A existência de negócios desse tipo é consequência do princípio da autonomia da vontade – embora seja no mínimo questionável presumir autonomia no âmbito da prostituição<sup>365</sup>.

É irrelevante a questão acerca de se a força de trabalho de uma prostituta forma parte de seu patrimônio juridicamente protegido, visto que a disposição patrimonial deve ser apreciada não na manutenção de relações sexuais, mas sim na renúncia ao pagamento antecipado. Efetivamente, as regras sociais da prostituição impõem o pagamento prévio<sup>366</sup>, para compensar o defeito da falta de força juridicamente vinculante. A renúncia ao habitual pagamento prévio é mais do que uma expectativa juridicamente não protegida acerca da disposição do cliente a pagar. A renúncia à entrega do dinheiro constitui, tanto quanto o pagamento antecipado realizado pelo cliente, um ato de disposição patrimonial. Portanto, as duas constelações de casos, isto é, “pagamento – não realização do serviço” e “realização do serviço – não pagamento”, deveriam ter a mesma resolução, pois ambas constituem estelionato<sup>367</sup>.

Conde-Pumpido Ferreiro também se posiciona contrariamente ao pensamento de Bajo Fernández. Segundo o primeiro, a solução do caso não pode depender da ordem das prestações, isto é, a existência ou não de um estelionato não pode depender de quem cumpre a prestação em um negócio ilícito. Tanto o cliente que não paga, quanto a prostituta que não realiza o serviço podem cometer estelionato ou simplesmente não cumprir um pacto. Não se deve, assim, fazer uma análise separada das prestações, classificando-as como lícitas e

---

<sup>365</sup> FROMMEL, Monika. ¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas? *Op.cit.*pp.226-227. A propósito da ausência de autonomia na prostituição, ver: PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993, pp.279 e ss.

<sup>366</sup> Ver, na literatura, ULÍTSKAIA, Liudmila. *Meninas*. Trad. Irineu Franco Perpetuo. São Paulo: Editora 34, 2021, p.145. Hiroito de Moraes Joanides, em sua introdução ao cenário do submundo da região da Boca do Lixo, descreve os casos em que há dispensa por parte da prostituta de pagamento, ou, pelo menos, de pagamento antecipado como uma significativa demonstração de confiança: “Aquela abstenção, aquela dispensa de pagamento adquiria, assumia, equivalia e propiciava, à prostituta, entre feliz e encabulada, a alegria e a emoção de instantes de noivado”. JOANIDES, Hiroito de Moraes. *Boca do Lixo*. São Paulo: Labortexto Editorial, 2003, pp.43-44. Ver também a dinâmica do pagamento na prostituição em: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *O Caribbean Dreams*. In: *Laboratório de direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, pp.47 e ss.

<sup>367</sup> FROMMEL, Monika. ¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas? *Op.cit.*pp.226-231.

ilícitas. O decisivo para se determinar a ocorrência ou não de um engano punível é a antecedência ou superveniência do dolo. Logo, segundo Conde-Pumpido, haverá estelionato no caso de dolo antecedente, tendo – o cliente ou a prostituta – o propósito inicial de não cumprir o pactuado. Se, ao contrário, a intenção de não cumprir o acordado for superveniente, haverá apenas um inadimplemento<sup>368</sup>.

Seguindo a postura crítica de Frommel, embora tenha chegado a resultados diferentes, Pastor Muñoz manifestou-se contra a distinção de ilícitos a depender da prestação. De acordo com a autora, a postura consistente em valorar separadamente o ilícito de quem engana e de quem foi enganado sofre de uma séria falta de realismo. O engano e a ilicitude do negócio se entrelaçam em sua configuração, contagiando-se valorativamente<sup>369</sup>. E isso não pode ser ignorado na avaliação normativa das condutas das partes: é arbitrário desvalorar apenas um lado da relação de troca no contexto de um negócio ilícito<sup>370</sup>. De fato, tratamentos tão distintos para condutas estruturalmente tão semelhantes fundamentam-se em um argumento bastante frágil. Com efeito, a diferença pode ser reduzida a uma questão cronológica, visto que a prostituta não realizar o serviço ou não ser paga após realizá-lo depende do acordo acerca do momento em que deveria haver o pagamento<sup>371</sup>.

A postura diferenciadora mostra-se ainda mais problemática quando se pensa na possibilidade de situações em que há gastos (isoladamente) lícitos colaterais para a realização de uma prestação ilícita. Por exemplo, um sicário pode gastar dinheiro com a compra de uma arma, com hospedagem, com transporte etc. É de se questionar qual o sentido de uma distinção de ilícitos: o não pagamento dos valores gastos em negócios lícitos realizados como meio para a cumprimento do contrato criminalizado constitui um prejuízo típico, embora o não pagamento do valor principal seja irrelevante jurídico-penalmente?<sup>372</sup>

---

<sup>368</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*pp.91-92.

<sup>369</sup> “No pueden separarse elementos que en la realidad están en conexión, como si se tratara de aislar unas células para su observación al microscopio; el juicio penal debe tener precisamente la capacidad de aprehender el proceso comunicativo que se produce en un determinado contacto social. El análisis de un ilícito aislado resulta tan inútil para el juicio penal como la observación de una sola célula con la pretensión de extraer consecuencias sobre las relaciones de la misma con su entorno”. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. *Op.cit.*p.346.

<sup>370</sup> Cf. BERGMANN, Matthias; FREUND, Georg. Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften. *Juristische Rundschau*. Heft 5, 1988, p.192.

<sup>371</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. *Op.cit.*p.347.

<sup>372</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. *Op.cit.*p.348.



Deve-se rejeitar, portanto, a postura diferenciadora. Contudo, aceitar que os casos devem ter tratamento igual levanta a questão acerca de qual deve ser a resolução: cometem estelionato o cliente e a prostituta (a depender, claro, de quem não cumpra o acordo), ou não se trata aqui de um problema penal? Deve-se reconhecer razão ao segundo entendimento. Com efeito, quem realiza um negócio ilícito assume o risco da fraude<sup>373</sup>, pois aceita a troca de um elemento patrimonial (normativamente reconhecido) por uma expectativa não jurídica (meramente fática) e, assim, assume a perda da tutela da expectativa<sup>374-375</sup>.

Tal resolução, cuja boa fundamentação dogmática é reconhecida até por seus detratores, é criticada sob o ponto de vista político-criminal, pois forneceria uma “carta branca penal” para o estelionatário que se encontra com alguém necessitado ou sem escrúpulos<sup>376</sup>. Quanto a este ponto, três observações devem ser feitas. Em primeiro lugar, se

---

<sup>373</sup> Como juízos de valor acerca da personalidade dos envolvidos são frequentes nas discussões desses casos, não é demais observar que aqui se trata de um risco jurídico, normativo, não um risco estatístico de ser enganado por pessoa não digna de confiança. A propósito, ver: ALAS ROJAS, Diana Leonor. Comportamiento de la víctima del delito: la autopuesta en peligro. *Derecho y Cambio Social*, n.42, 2015, pp.25-26.

<sup>374</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. *Op.cit.*p.350. Em sentido semelhante, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa. Op.cit.*pp.218-219. Alas Rojas também conclui pela irrelevância penal do engano no contexto de um negócio ilícito, fundamentando sua argumentação, contudo, na não observância dos deveres de autoproteção de quem sofre o engano. ALAS ROJAS, Diana Leonor. La estafa en las prestaciones ilícitas. Fundamentos para su atipicidad. *Derecho y Cambio Social*, n.39, 2015, p.15.

<sup>375</sup> Importante, nesse ponto, ressaltar a “situação singularíssima” (SERPA LOPES, M.M. *Curso de direito civil*. Fontes das obrigações: contratos. vol.IV. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.476) do jogo no direito civil brasileiro. De fato, parte da doutrina costuma distinguir entre jogos proibidos, tolerados e autorizados. Os primeiros seriam os que recebem “condenação franca” do ordenamento jurídico; os segundos permanecem em uma zona cinzenta, não sendo atingidos pelo rigor da punição, mas tampouco alcançando o *status* de negócio jurídico regular; por fim, os jogos autorizados são reconhecidos e regulados pela ordem jurídica (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos. vol.III. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p.448. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.128). Os jogos não proibidos, isto é, tolerados, vinculam, mas não criam pretensão (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.353), constituindo um “contrato de efeitos incompletos” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Contratos em espécie. vol.III. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.406). Em outras palavras, o jogo (segundo Orlando Gomes, apenas o tolerado, não o proibido – cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.529) cria apenas uma obrigação natural. Todavia, o adimplemento é considerado pagamento e não uma mera liberalidade, de modo que é garantida a *solutio retentio*, isto é, se o perdente cumpre com o combinado, o credor terá o direito de reter a prestação (DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. vol.V. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.324). Curiosamente, estabelece o artigo 814 do Código Civil, se o ganhador utilizar algum meio fraudulento para vencer a disputa e afastar a álea existente, fica o *solvens* autorizado a recobrar o que pagou (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. vol.III. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.553). Ou seja, a fraude é o elemento que garante a restituição do indébito. A regulamentação peculiar do jogo no direito pátrio não altera a forma como devem ser tratados na esfera penal os negócios jurídicos ilícitos permeados por fraude. Com efeito, as partes de um jogo têm tão-somente expectativas fáticas acerca do comportamento alheio, visto que o pagamento é juridicamente opcional. Não parece correto, portanto, deduzir do referido artigo 814 que há uma expectativa jurídica de que a interação ocorra sem fraudes, pois, ainda que haja fraude, o pagamento continua inexigível. O Código garante apenas, na hipótese de dolo, a possibilidade de restituição, caso haja adimplemento.

<sup>376</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa. Op.cit.*p.85.

a negativa de tutela penal é um problema político-criminal, ele é muito mais acentuado na perspectiva que prega a distinção de ilícitos (pagamento – não realização da prestação ilícita, realização da prestação ilícita – não pagamento), visto que, além de negar tutela penal a alguns casos, cria uma assimetria de proteção injustificável. Em segundo lugar, o possível efeito negativo do ponto de vista político-criminal é, na verdade, uma consequência da liberdade<sup>377</sup>: as pessoas optam por construir uma relação econômica prescindindo da legalidade vigente, e, assim, renunciam ao direito de, em caso de irregularidade nessa relação, recorrer ao Estado, o qual, como não reconhece qualquer objeto nessa relação patrimonial, não tem interesse em garantir a confiança nessas transações<sup>378</sup>. Por fim, há indícios de que esta “carta branca” ou esta possibilidade de explorar vulnerabilidades específicas de determinadas vítimas não é consequência da interpretação dogmática do estelionato. Von Hentig, a propósito, já alertava que uma série de fatores sociais poderiam fazer com que a vítima não procurasse tutela penal, para evitar que a judicialização trouxesse novos prejuízos (não necessariamente de ordem patrimonial). Afirmava que somente a vítima que não tem o que se reprovar em qualquer aspecto, que não se sente posta em ridículo sob nenhuma hipótese, goza efetivamente de proteção da lei<sup>379</sup>. Nesse sentido, deve-se lembrar do esquema conhecido como *muzzle*, narrado por Sutherland: um homem homossexual era vigiado até se envolver com outro homem (em geral, alguém do próprio grupo criminoso) e ser flagrado em uma situação comprometedora; um membro do grupo apareceria como “cidadão ofendido moralmente” ou como policial que estaria disposto a não tomar providências em troca de “suborno”. Um dos motivos da disseminação dessa conduta foi a impunidade prática desta conduta, visto que a pessoa enganada evitaria o escândalo a qualquer custo<sup>380</sup>. Como esse exemplo indica, a crítica de que a opção pela impunidade dos enganados em negócios ilícitos concede uma “carta branca” ao “criminoso” deve ser vista com muitas ressalvas. De fato, a possibilidade de exploração de vulnerabilidades específicas não depende do alcance que a dogmática conceda ao tipo penal do estelionato. Antes, portanto, de se criticar sob o ponto de vista político-criminal a interpretação de irrelevância penal do engano em um negócio ilícito, deve-se reconhecer que, muitas vezes, a exploração da

---

<sup>377</sup> Claro que se pode indagar quão livre é uma pessoa em sua própria realidade. Cf. DWORKIN, Gerald. *The nature of autonomy*. In: DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988, pp.7-9.

<sup>378</sup> Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Estafa y negocio ilícito*. *Op.cit.*pp.357-358.

<sup>379</sup> VON HENTIG, Hans. *Op.cit.*pp.223.

<sup>380</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief*. *Op.cit.*pp.78-80.

situação de fragilidade só é possível por causa de opções político-criminais que criam tais vulnerabilidades.

### 3.5.2 Estelionato de coisa possuída ilegítimamente

Para ilustrar a problemática a ser discutida nesse tópico, recorre-se a uma distinção feita por Bajo Fernández. Imagine-se que A e B decidem furto os bens de uma residência. B fica responsável por guardar o botim e, posteriormente, entregar a parte de A. Contudo, B estava desde o início enganando A, pois não pretendia entregar nada e não o fez. Nesse caso, segundo Bajo, não haveria estelionato, pois a fraude se dá sobre um ato de disposição patrimonial consistente na prestação de um serviço ilícito (a contribuição para o furto dos bens). Entretanto, se A e B repartem os bens e, em um segundo momento, B, por meio de engano, obtém a parte correspondente a A do botim, haveria estelionato. Segundo Bajo Fernández, as soluções são distintas porque a natureza patrimonial da entrega de uma coisa é diversa da natureza da realização de um serviço<sup>381</sup>. Contudo, há uma semelhança estrutural muito evidente entre as situações. De fato, a diferença consiste, basicamente, no momento em que incide o engano: na primeira situação, o engano é anterior ao fato delitivo; na segunda, o engano é posterior, embora possa ter sido preconcebido por B desde o início. Tal semelhança estrutural é um indício de que o tratamento das situações não deveria ser diverso.

Há três formas de interpretação da situação na qual o possuidor ilegítimo<sup>382</sup>, a pessoa que obteve a posse por meio de um delito prévio, perde o bem por meio de engano. Uma primeira concepção entende que há um crime patrimonial e a vítima é o proprietário legítimo, quem teve o bem subtraído originariamente. De acordo com tal entendimento, o prejuízo consistiria na perpetuação do dano patrimonial sofrido pelo titular legítimo, pois ficaria mais difícil recuperar a coisa; em outras palavras, tutelar-se-ia indiretamente o legítimo *dominus*<sup>383</sup>. Com efeito, considerar que o possuidor ilegítimo não pode ser sujeito passivo

---

<sup>381</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.83, nota 141.

<sup>382</sup> De acordo com o Código Civil, a posse consiste no exercício de um poder de fato, desde que esse seja um poder possessório, isto é, um dos poderes inerentes ao domínio: usar, gozar, dispor ou reivindicar. Define-se a posse justa ou legítima pelo negativo: não é violenta, nem clandestina, nem precária. Cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.558 e ss. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.88.

<sup>383</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. *Op.cit.*pp.38-39. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*pp.58-59. GALLEGO

de um estelionato sobre a coisa ilicitamente possuída conduz à supressão do prejuízo patrimonial como elemento típico, a não ser que se considere como prejudicado não quem realiza a disposição economicamente mensurável, mas sim quem vê comprometida a possibilidade de recuperar o objeto previamente subtraído. Contudo, considerar que o prejudicado é quem não tem o patrimônio diminuído, visto que a subtração já ocorreu, significa transformar o prejuízo em uma ficção, consistente na violação de um direito que já não poderia ser exercido<sup>384</sup>.

Uma segunda concepção entende que a apropriação fraudulenta de coisa possuída ilicitamente produz um prejuízo ao patrimônio do próprio possuidor, e, portanto, este seria o sujeito passivo do delito de estelionato. Conforme afirmou Valle Muñiz, se se diz que o ladrão enriquece com a coisa furtada, não se pode, posteriormente, negar o revés econômico ante a perda fraudulenta da *res furtiva*<sup>385</sup>. Nessa concepção, prevalece uma posição de poder fática (a do ladrão, por exemplo) sobre uma posição jurídica. A crítica que se faz é a de que a proteção que o direito outorga à posse ilícita tem a função de evitar resoluções violentas de conflitos patrimoniais. Garantir a paz jurídica é muito diferente de reconhecer a posse ilícita como parte do patrimônio<sup>386</sup>.

Uma terceira concepção entende que não há estelionato contra possuidor ilegítimo. Os argumentos que sustentam este entendimento são os pontos frágeis das concepções expostas anteriormente: (I) a fraude contra um possuidor ilegítimo não lesa o patrimônio do titular do bem, vítima do delito antecedente, pois o prejuízo já está consumado<sup>387</sup>; (II) não há lesão ao patrimônio do possuidor ilegítimo porque a posse ilícita, embora protegida, não

---

SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.294, especialmente nota 667, onde o autor rebate o posicionamento de Valle Muñiz, afirmando que o prejuízo não seria uma ficção precisamente porque há uma intensificação do menoscabo patrimonial produzido pela infração penal inicial.

<sup>384</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.252.

<sup>385</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.252. No mesmo sentido: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 28, 1975, p.368.

<sup>386</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.69. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*pp.38-39.

<sup>387</sup> Afirmar que a nova subtração do bem não causa um novo prejuízo ao titular legítimo porque a lesão já se consumou com a infração patrimonial originária pode contrastar com a previsão do tipo de receptação. Não há, entretanto, contradição. Com efeito, os penalistas sempre encontraram sérias dificuldades para definir um bem jurídico próprio da receptação. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.25. Zugaldía Espinar chega a afirmar que se deve renunciar à tentativa de determinar um bem jurídico próprio e unitário para a receptação. Segundo o autor, há uma tutela de um “bem jurídico de referência”, por meio da repressão à “vazão” aos bens ilicitamente subtraídos. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.* pp.21 e 118-119.

integra o patrimônio<sup>388</sup>. O engano, portanto, seria a instrumentalização de uma decisão e, assim, constitui apenas uma afetação da liberdade geral de agir<sup>389</sup>.

Este último entendimento, apesar de seus bons fundamentos, pode consistir em uma grave antinomia valorativa<sup>390</sup> se transposto ao direito brasileiro. Imagine-se a seguinte situação: A furta bem de B; C obtém mediante fraude o bem que B possuía ilegitimamente. Nesse caso, aceita a terceira interpretação, C não cometeria o delito de estelionato, visto que não causa lesão patrimonial. Entretanto, se A furta B e este obtém mediante fraude o bem (pertencente a B) que A possuía ilegitimamente, embora ainda não haja responsabilização por estelionato, haveria, em tese, responsabilização por exercício arbitrário das próprias razões, visto que é amplamente aceito que o modo de execução do exercício arbitrário das próprias razões não importa, isto é, pode o autor agir com violência, física ou moral, ou por meio de fraude<sup>391</sup>, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no direito espanhol, o qual não prevê a fraude como meio de exercício arbitrário das próprias razões<sup>392</sup>.

No Brasil, já se defendeu a tese de que não há estelionato se o agente recupera, mediante fraude, os próprios haveres daquele que injustamente os tem tirado<sup>393</sup>. A mesma ideia já foi defendida na Espanha. Com efeito, Antón Oneca assinalava que não comete estelionato quem obtém mediante engano a satisfação da dívida vencida ou a entrega da coisa que o vendedor se recusa a entregar depois de receber o preço, pois, tendo em vista a exigência do direito espanhol de violência ou intimidação para a configuração do exercício

---

<sup>388</sup> Ao tratar da pena de perda de bens e valores, Juarez Cirino dos Santos afirma que esta modalidade de pena restritiva de direito aplicada até o limite do provento obtido com o crime não configura pena de confisco, “porque bens e valores obtidos mediante *prática de crime* não integram o patrimônio do condenado e, portanto, não podem ser objeto de confisco”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 8.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.534-535.

<sup>389</sup> Nesse sentido, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.*p.69.

<sup>390</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p.95.

<sup>391</sup> Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p.491. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. v.V. *Op.cit.*p.375. SAAD-DINIZ, Eduardo. Comentário ao artigo 345. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coordenador). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, 1031.

<sup>392</sup> Sobre as diferenças entre as previsões brasileira e espanhola, ver: GUARDIOLA GARCÍA, Javier. *La realización arbitraria del propio derecho*. Tese (Doutorado). Valencia: Universitat de València, 2002, pp.146 e ss.

<sup>393</sup> ARAÚJO, João Vieira de. *Op.cit.*p.257.

arbitrário das próprias razões, cuja sanção é inferior à pena prevista para o estelionato, ter-se-ia que o agir violento seria uma circunstância atenuante<sup>394</sup>.

Todavia, a maior amplitude do artigo 345 do Código Penal brasileiro em relação à previsão análoga espanhola não implica necessariamente a configuração de exercício arbitrário das próprias razões caso o proprietário recupere mediante fraude um bem possuído ilegítimamente por terceiro. Antes de apresentar os argumentos em favor deste entendimento, deve-se fazer um esclarecimento: a redação do artigo 345 do Código Penal abarca a satisfação de pretensões de diversas ordens, desde questões patrimoniais até elementos de direito de família<sup>395</sup>. Além disso, mesmo dentro de uma categoria de pretensão (por exemplo, patrimonial), há várias possibilidades de realização arbitrária das próprias razões. Com efeito, comete o delito, *e.g.*, tanto o locador que troca as fechaduras da casa para evitar o ingresso do locatário inadimplente, quanto o locador que, para satisfazer um débito do locatário, apropria-se de um bem pertencente a este. O que será discutido nos próximos parágrafos, aplica-se apenas aos casos em que o exercício arbitrário das próprias razões realiza-se por meio da subtração de coisa para satisfação de pretensão de natureza patrimonial. Feita esta ressalva, pode-se discutir as duas interpretações possíveis para evitar a antinomia valorativa mencionada.

Uma primeira interpretação, decorrente do direito espanhol, mas com conclusão aplicável ao direito pátrio, parte da indagação acerca do motivo de se não criminalizar, no direito espanhol, a ação não violenta ou intimidatória de tomar a coisa pertencente ao devedor com a finalidade de extinguir a obrigação patrimonial previamente firmada, visto que tal comportamento também prescinde da via jurisdicional. A explicação para esse tratamento diferenciado, tendo em vista a posição sistemática do delito de exercício arbitrário inserido no rol dos crimes que afetam a atividade jurisdicional, seria considerar que o bem jurídico protegido pela proibição do exercício arbitrário das próprias razões seria o monopólio estatal do exercício da força (violência legal). Assim, seria justificável a não relevância penal das condutas de mero apoderamento de bens com finalidade de solver uma obrigação sem exercer qualquer tipo de coação. Tais condutas também revelam um desprezo

---

<sup>394</sup> ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.* pp.102 e 107.

<sup>395</sup> Com amplas referencias, ver: GUARDIOLA GARCÍA, Javier. *Op.cit.*p.150.

pelas vias jurisdicionais estabelecidas para fazer valer direitos patrimoniais; contudo, não há uso de força, a qual só pode ser exercida pelo Estado<sup>396</sup>.

Seria possível, em tese, defender que, sob a perspectiva apresentada, também não comete exercício arbitrário das próprias razões no Brasil quem recupera o que é seu mediante fraude. Um argumento em favor desse entendimento é a previsão “da pena correspondente à violência”. É possível que esta previsão indique que não se objetiva punir o exercício arbitrário não violento das próprias razões. A hipótese do parágrafo único de que, não havendo violência, a ação penal será privada não abarca, necessariamente, a conduta fraudulenta. Com efeito, a ausência de violência não exclui a grave ameaça, por exemplo. Contudo, a interpretação proposta, de restringir o exercício arbitrário à violência ou grave ameaça, viola uma regra clássica de hermenêutica: quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, deve o intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que possam ser enquadrados na hipótese geral prevista explicitamente. Ou, na fórmula sintética: “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”<sup>397</sup>.

Há, não obstante, um segundo caminho: compreender o delito de exercício arbitrário das próprias razões – quando praticado via apropriação de coisa – como um tipo subsidiário de tutela do patrimônio<sup>398</sup>. Já há uma antiga discussão acerca das semelhanças entre o exercício arbitrário e os crimes patrimoniais sob o aspecto subjetivo. Com efeito, o ânimo de lucro<sup>399</sup> é compreendido, por exemplo, por Bajo Fernández como um gênero do qual o ânimo de fazer-se pago (elemento subjetivo do exercício arbitrário das próprias razões) é uma espécie<sup>400</sup>.

A concepção de Bajo Fernández, contudo, não implica afirmar que o exercício arbitrário das próprias razões seja um crime patrimonial. Para a configuração de um delito

---

<sup>396</sup> Cf. MAGALDI PATERNOSTRO, María José. Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 45, 1992, pp.89-91.

<sup>397</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.201.

<sup>398</sup> Como fez FERRIS ALBENCA, Vicente Sebastián. La realización arbitraria del propio derecho. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 41, 1988.

<sup>399</sup> Sobre o tema: MAYER FUX, Laura. El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. v.42, n.1, 2014. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 14, 1961, pp.237 e ss.

<sup>400</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. *Op.cit.*pp.369.

contra o patrimônio é necessário que o autor aja imbuído de um ânimo de lucro *injusto*<sup>401</sup>. Não seria, por exemplo, o caso do credor que, diante de uma dívida exigível, tome a coisa devida. Com efeito, tal conduta não restringe as possibilidades de ação do devedor, pois este não poderia dar outro destino à coisa que não a entregar em cumprimento da obrigação<sup>402</sup>. Diferente, nesse aspecto, é a interpretação de Magaldi. A autora afirma que o autor/credor que, nessas circunstâncias, apropria-se de algo não objetiva um incremento patrimonial (lucro), mas sim o restabelecimento do equilíbrio patrimonial entre as situações anterior e posterior à obrigação contraída pelo devedor. Portanto, conclui a autora, ainda que haja objetivamente um incremento patrimonial sem causa legítima (lucro injusto), decorrente da ação de apoderamento, não existiria ânimo de lucro por parte de quem procura fazer-se pago<sup>403</sup>.

Ferris Albenca, por sua vez, entende haver uma identidade entre os conceitos de ânimo de lucro e ânimo de fazer-se pago. Dessa forma, segundo o autor, a única diferença entre um roubo e um exercício arbitrário das próprias razões (cometido, lembre-se, mediante violência ou intimidação, de acordo com a previsão espanhola) residiria na obrigação jurídica de natureza patrimonial existente entre as partes. Segundo Ferris Albenca, esta semelhança deixa claro não haver inconveniente algum, a despeito da posição tópica do tipo, em compreender o delito de exercício arbitrário como crime patrimonial. A violência, como ocorre no direito brasileiro, seria punida por violar a integridade física do devedor<sup>404</sup>.

Contudo, o aspecto subjetivo é apenas um dos fundamentos apontados por Ferris Albenca para compreensão do exercício arbitrário das próprias razões como um tipo subsidiário de proteção do patrimônio. Uma interpretação histórica também aponta para o entendimento defendido pelo autor. Com efeito, a criação do tipo obedeceu a um objetivo do legislador – em um marco político liberal, no qual a propriedade era considerada como direito inviolável – de privilegiar penalmente quem, ostentando um direito de crédito reconhecido pela legislação civil e com o fim de fazer valer este direito, não recorria aos meios jurisdicionais, realizando uma conduta que, se não fosse o direito de crédito, seria castigada duramente, como roubo, por exemplo. Ferris Albenca afirma ser uma burla dizer

---

<sup>401</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. Op.cit.p.370.*

<sup>402</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. Op.cit.p.375.*

<sup>403</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, María José. *Op.cit.p.112.*

<sup>404</sup> FERRIS ALBENCA, Vicente. *Op.cit.pp.820 e 826.*



que se protege a Administração da Justiça, pois, além de a conduta poder ocorrer em um momento anterior a qualquer tipo de procedimento jurídico, a diferença entre um roubo e um exercício arbitrário das próprias razões é apenas a presença de uma obrigação patrimonial preexistente<sup>405</sup>.

Ferris traz ainda mais um exemplo para confirmar sua tese de que o exercício arbitrário das próprias razões é, em verdade, um tipo que tutela o patrimônio. O exemplo é o seguinte: uma pessoa sem meios econômicos subtrai alimentos de um supermercado; reconhece-se, nessa hipótese, o estado de necessidade, visto que, para evitar um mal próprio, lesiona um bem jurídico de outra pessoa, no caso o patrimônio<sup>406</sup>. Em um segundo momento, uma pessoa também sem meios econômicos subtrai alimentos de um supermercado, com a diferença de que, nesse caso, a pessoa tinha trabalhado neste estabelecimento, tendo sido demitida sem ter recebido todos os valores garantidos pela legislação trabalhista. Ferris Albenca entende ser um absurdo não reconhecer o estado de necessidade simplesmente pelo fato de a pessoa subtrair de quem lhe deve. Além disso, a existência do crédito não faz desaparecer a lesão patrimonial em prol de uma suposta lesão à Administração da Justiça<sup>407</sup>.

Em resumo, a teoria segundo a qual a fraude praticada contra um possuidor ilegítimo não constitui estelionato pode ser aplicada ao direito brasileiro. Com efeito, é possível evitar a antinomia valorativa de punir por exercício arbitrário das próprias razões o titular por recuperar o que é seu mediante um engano contra quem tem a posse ilícita do bem, enquanto um terceiro ficaria impune. Para superar essa antinomia, pode-se, por um lado, restringir a aplicação do exercício arbitrário das próprias razões aos casos praticados mediante violência ou ameaça. Contudo, este entendimento baseia-se em uma distinção entre situações abarcadas legalmente pelo mesmo conceito, além de restringir em demasia o alcance do dispositivo. Por outro lado, há argumentos para que, a despeito da posição sistemática, compreenda-se o exercício arbitrário das próprias razões, quando praticado para satisfação de pretensão de natureza patrimonial mediante a apropriação de uma coisa, como se fosse um delito patrimonial. Dessa forma, tem-se que: (I) se um bem que legitimamente integra o patrimônio de A for subtraído por um credor para extinguir a obrigação pecuniária, haverá

---

<sup>405</sup> FERRIS ALBENCA, Vicente Sebastián. *Op.cit.* pp.822-823 e 828.

<sup>406</sup> Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.175. BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.254-255.

<sup>407</sup> FERRIS ALBENCA, Vicente Sebastián. *Op.cit.* p.819.

exercício arbitrário das próprias razões; por outro lado, se um terceiro qualquer subtrai referido bem, haverá delito patrimonial; (II) se A possui um bem ilegítimamente (por exemplo, em decorrência de um crime patrimonial prévio), a subtração deste bem não configurará delito patrimonial por parte de terceiro, mas este poderá responder, *e.g.*, pela violência, se houver; porém, se o titular legítimo subtrai o (próprio) bem, não haverá exercício arbitrário das próprias razões, visto que o bem subtraído não integra o patrimônio de A. Contudo, nada impede que a forma como se deu a subtração (por exemplo, por meio de violência ou grave ameaça) seja punida.

### 3.6 Conceito jurídico de patrimônio

Com Binding surge o conceito jurídico de patrimônio. Tal concepção, como aponta parte da doutrina, é uma consequência da forma como o autor entende a natureza e a função do direito penal. De fato, Binding distingue “norma” de “lei penal”. Segundo o autor, norma é um imperativo primário e autônomo, inserido no direito público geral; a lei penal, por sua vez, não teria um caráter imperativo e somente conteria a consequência da vulneração da norma. A lei penal, no pensamento de Binding, teria uma função meramente sancionatória da norma<sup>408</sup>. Assim, a função do direito penal consistiria em reforçar com suas próprias sanções as prescrições já existentes em outros ramos do direito. Dessa forma, pode-se compreender que o direito penal teria uma natureza sancionatória, ao prever sanções para a infração de preceitos já existentes em outros setores, e, conseqüentemente, teria uma função acessória, dependente, em relação a estes preceitos que estabelecem previamente um direito ou uma obrigação<sup>409</sup>.

Decorrência dessa visão seria a concepção segundo a qual o estelionato consistiria em lesão dolosamente antijurídica de direitos patrimoniais alheios, por meio do engano do titular do patrimônio com intenção de obter para si ou para outrem um enriquecimento

---

<sup>408</sup> Binding chega a afirmar que não é o caráter antissocial da conduta que a torna crime, mas sim a declaração da lei nesse sentido. BINDING, Karl. *Grundriss des Deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 6.ed. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902, pp.60-61.

<sup>409</sup> GALLEGOS SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.102-103. SCHLACK MUÑOZ, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista chilena de derecho*. v.35, n.32, 2008, p.263.

antijurídico<sup>410</sup>. De acordo com essa concepção, pertencem ao patrimônio, positivamente, todas as pretensões de caráter jurídico-patrimonial, bem como, negativamente, todas as obrigações de mesma natureza de uma pessoa<sup>411</sup>. Os direitos patrimoniais, por sua vez, são todos aqueles que têm como objeto bens transferíveis, excluindo-se, portanto, os direitos da personalidade<sup>412</sup>. Não integram o patrimônio, esclareça-se, os objetos, mas sim os direitos sobre estes<sup>413</sup>.

Assim, o dano patrimonial a ser evitado pelas normas penais seria nada menos do que a perda ou, ainda, a mera limitação desses respectivos direitos subjetivo-privados. Exclui-se o aspecto econômico do patrimônio, tornando-se a ideia econômica de valor desprezível<sup>414</sup>, sendo o dano patrimonial juridicamente definido<sup>415</sup>. Assim, por exemplo, seria função do direito penal tutelar também os bens de mero valor afetivo, sem valor de mercado<sup>416</sup>.

A concepção jurídica de patrimônio conduz a uma noção bastante limitada de prejuízo patrimonial. Como exemplifica Bajo Fernández, não haveria prejuízo – e, portanto, tampouco estelionato – nos casos em que há perda de liquidez no patrimônio, pois esta seria imediatamente compensada com o nascimento de um direito de crédito<sup>417</sup>. Quando se trata de fraude na celebração de contratos sinalagmáticos, o conceito jurídico de patrimônio é

---

<sup>410</sup> Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.*p.32.

<sup>411</sup> SALIGER, Frank. Juristischer und wirtschaftlicher Schaden. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.8, 2012, p.364. KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*. v.I, 2011, p.53. Ver também: ROBLES PLANAS, Ricardo. Legítima defensa, empresa y patrimonio. *Política Criminal*. v.11, n.22, 2016, p.711.

<sup>412</sup> Vale ressaltar que, na atualidade, alguns direitos da personalidade já podem entrar no comércio jurídico. A propósito, ver: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.42.

<sup>413</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.108. É este, aliás, o entendimento de Pontes de Miranda, no âmbito do direito privado. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.440.

<sup>414</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.50.

<sup>415</sup> “Aquí únicamente importa la lesión de ‘derechos patrimoniales’, de modo que, aunque la cosa carecería de valor económico, o si, en otro supuesto, la contraprestación tuviese un valor económico equivalente, el patrimonio de todas formas se consideraría lesionado”. DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. Aspectos generales del tipo penal de estafa. *Revista Latinoamericana del Derecho*, n.1, 2004, p.43.

<sup>416</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.50. GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.106. ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.103.

<sup>417</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de “letras vacías” o no comerciales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXX, 1977, p.541.

fonte de certa perplexidade, já que a aquisição de um direito não poderia constituir prejuízo. Veja-se o exemplo proposto por Kindhäuser: alguém compra anel de latão crendo, por engano, que o anel seria de ouro. Neste caso, o comprador assume a obrigação de pagar o preço de compra. Não obstante, contrai esta obrigação conscientemente. De acordo com a concepção jurídica, um prejuízo patrimonial relevante para efeitos de estelionato somente poderia consistir em lesão, mediante engano, acerca do direito sobre o anel. Não há, assim, pretensão lesionada, pois o comprador torna-se legítimo dono do objeto. Há, todavia, a possibilidade de o comprador reclamar a invalidade do contrato, por vício de consentimento. Entretanto, declarado nulo o negócio, não se poderá dizer que há um direito do comprador lesionado pelo vendedor<sup>418</sup>.

Não obstante suas limitações, o grande mérito desta concepção foi demonstrar que, quando da elaboração de conceitos penais, deve-se ter em conta a existência de regulações de outros setores jurídicos<sup>419</sup>. Entretanto, especificamente na concepção de prejuízo, a concepção de Binding mostra-se falida. Com efeito, mesmo que o direito civil reconheça prejuízos no sentido da perda de direitos, o caso normal de prejuízo é a diminuição do valor do objeto de um direito. Assim, por exemplo, pode-se falar de prejuízo patrimonial quando partes de um imóvel são destruídas por um fenômeno natural, embora, nesse caso, o direito sobre o imóvel não seja afetado de forma alguma<sup>420</sup>.

Em síntese, as críticas que podem ser feitas ao conceito jurídico de patrimônio têm como fundamento comum a irrelevância conferida a qualquer aspecto especificamente econômico do conceito. Efetivamente, o direito penal renunciaria a uma concepção própria de patrimônio, concebendo um prejuízo formal, de modo a converter o delito de fraude de um delito patrimonial a um delito contra a liberdade de disposição<sup>421</sup>. Ademais, ao ignorar o aspecto econômico, o conceito de prejuízo, conforme expressa a doutrina, mostra-se

---

<sup>418</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.53.

<sup>419</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.*pp.33-34.

<sup>420</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.54.

<sup>421</sup> “No es extraño que se critique a esta concepción el desdibujamiento de lo ‘patrimonial’, y su confusión con la libertad de disposición, con la consiguiente ampliación del campo de protección de la estafa. De ahí que una de las objeciones fundamentales que se le oponen resida en la imprecisión y labilidad en la afirmación del perjuicio, dependiente del interés subjetivo, preferencias o gustos del titular”. ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.95. Salvador Netto afirma que noção de bem jurídico é esvaziada, tornando-se “um mero receptáculo argumentativo capaz de conter, como um atalho conceitual, as formulações do Direito Privado”, na medida em que a “teórica agressão ao bem jurídico fica resumida à quebra de uma relação jurídica que confere a alguém determinado poder sobre um objeto”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.54. Ver também: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.36.

simultaneamente amplo e estreito em demasia. Com efeito, a noção de dano patrimonial adquire uma extensão desmedida ao se reconhecer que há prejuízo nos casos em que a fraude recai sobre coisas carentes de valor, mas que são objeto de um direito subjetivo; o mesmo se diga das hipóteses em que a contraprestação se compensa economicamente com a prestação. A concepção jurídica, por outro lado, revela-se muito estreita, por exemplo, ao não se reconhecer o prejuízo quando o engano afeta posições com valor de mercado não constitutiva de um direito subjetivo patrimonial<sup>422</sup>.

### **3.7 Conceito econômico de patrimônio**

A concepção estritamente jurídica de patrimônio parece estar atualmente relegada a ocupar pouco mais que um capítulo já superado na evolução histórica deste conceito, porque as necessidades do tráfico jurídico se resumem em uma ideia: dinamismo. Desta forma, um conceito estático como o conceito jurídico de patrimônio dificilmente pode ter em conta as variadas necessidades de proteção do tráfico econômico. Assim, para superar os problemas já indicados de uma concepção, simultaneamente, ampla e restrita em demasia surgiu a concepção econômica (pura) de patrimônio<sup>423</sup>.

Em decisão de 20 de abril de 1887 (RGSt 16, 1), o Tribunal Imperial alemão traçou os contornos da concepção econômica de patrimônio. O caso consistia no seguinte: uma pessoa expressa sua vontade em celebrar um tipo de contrato de seguro, no qual o tomador do seguro deveria pagar periodicamente uma determinada quantia, obtendo em troca um direito à indenização do dano eventualmente sofrido pelo objeto assegurado; entretanto, por engano, a pessoa celebra contrato de seguro em que a prestação a que se obriga o tomador varia de acordo com o dano que deva ser efetivamente indenizado pela seguradora. Nessa segunda modalidade de contrato, em regra, a prestação pecuniária do tomador é menor do que na primeira forma de seguro. Há, não obstante, o risco de que, na forma efetivamente contratada no caso, seja necessário efetuar pagamentos posteriores, na hipótese de incremento dos casos de danos semelhantes ao assegurado. No caso narrado, todavia, o contrato celebrado previa também que a obrigação de efetuar eventuais pagamentos

---

<sup>422</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.33, nota 27. No mesmo sentido: DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. *Op.cit.*p.43. ROMERO, Gladys. *Op.cit.*pp.236-237.

<sup>423</sup> GALLEGU SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.119-120.

posteriores estava limitada. Dessa forma, o contrato efetivamente celebrado pelo cliente era muito mais vantajoso economicamente do que o contrato desejado, visto que satisfazia completamente a finalidade perseguida por menor preço. Por essa razão, o Tribunal alemão não reconheceu a existência de estelionato, em face da inexistência de prejuízo patrimonial<sup>424</sup>.

A formulação expressa do conceito econômico de patrimônio, contudo, deve-se ao caso julgado pelo Tribunal Imperial alemão em 14 de dezembro de 1910 (RGSt 44, 230). Tratava-se da venda de falso abortivo. Tendo em vista a criminalização do aborto, todos os envolvidos estavam cientes de ingressar em negócio ilícito, portanto, não tutelado pelo direito civil. Não obstante, o Tribunal declarou que houve fraude penalmente relevante por parte do vendedor do placebo, pois, a despeito da ilicitude do negócio, houve lesão patrimonial<sup>425</sup>.

A doutrina alemã chegou a cunhar um aforismo acerca da concepção econômica de patrimônio: *Es gibt grundsätzlich kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen* (algo como “não existe patrimônio não protegido contra o estelionato”). Esta máxima doutrinária, contudo, manifesta uma tautologia. Com efeito, também a concepção jurídica estabelecia que não existia qualquer patrimônio sem proteção penal, embora sua definição de patrimônio abarcasse um conteúdo diverso da teoria econômica, deixando, assim, sem proteção situações que, de acordo com a concepção então vigente, não fossem abrangidas pela ideia de patrimônio<sup>426</sup>. Esta máxima, portanto, apenas evidencia que, em oposição à noção jurídica, o conceito econômico compreende o patrimônio como um “elemento da vida econômica, ou seja, como capacidade econômica, demarcado pelo conjunto de todos os valores relevantes para a vida econômica de uma pessoa”<sup>427</sup>. O prejuízo, dessa forma, é compreendido como “tornar o enganado economicamente mais frágil”<sup>428</sup>.

---

<sup>424</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.51.

<sup>425</sup> HEINITZ, Ernst. Il danno patrimoniale nella truffa. *Archivio Penale*. v. 9, 1953, p.357. ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. XXXVII, 2011, p.418. MATHIAS, Carsten. *Der Einfluß der Rechtsordnung auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff – insbesondere bei „Abschluß“ rechts- und sittenwidriger Geschäfte*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Köln, 2003, p.4.

<sup>426</sup> GALLEGOS SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.126.

<sup>427</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.55.

<sup>428</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.36. Radbruch, a propósito, afirmava que, com a concepção econômica, o conceito “perdeu todo o caráter de uma relação jurídica em que entra alguma coisa de afeição ou de personalidade, e se converteu em uma relação em que só domina um fim econômico”.

A ideia de um prejuízo contabilmente aferível somente poderia ser adotada com parcimônia. De fato, além das dificuldades práticas em se contabilizar todos os objetos patrimoniais de uma pessoa para, após a realização de um negócio, verificar se houve incremento ou redução do valor total, tem-se também o problema de que alguns bens podem variar muito de valor (por exemplo, ações), distorcendo completamente a verificação contábil. É possível até mesmo que, após a realização de um negócio prejudicial, o patrimônio, globalmente considerado, aumente em decorrência da variação de valores de bens que nada tem a ver com o ato de disposição<sup>429</sup>. Outras dificuldades surgem quando se reduz a análise aos movimentos patrimoniais relacionados com a disposição patrimonial. Em tese, poder-se-ia, por exemplo, negar dano patrimonial no caso de a vítima de um delito ter a coisa assegurada, garantindo que, ao final, não houvesse prejuízos contábil. Por essa razão, a jurisprudência somente analisa as altas e baixas patrimoniais que resultem imediatamente da disposição patrimonial<sup>430</sup>.

Recorrentemente, critica-se a concepção econômica por suas insuficiências e excessos de criminalização<sup>431</sup>. Com efeito, a consideração de todas as circunstâncias economicamente apreciáveis torna tutelável, inclusive, situações ilícitas, de modo que, uma fraude envolvendo uma transação de substâncias ilícitas<sup>432</sup>, por exemplo, poderia constituir estelionato<sup>433</sup>. E mais: a concepção econômica protege a todo sujeito que, de fato, tenha

---

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p.275.

<sup>429</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.54.

<sup>430</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*pp.54-55.

<sup>431</sup> “Las ventajas de la concepción económica extrema contienen en su reverso inconvenientes por exceso y por defecto, en dirección opuesta a lo que era insuficiencia y exceso en la concepción jurídica. La amplitud que adquiere lo patrimonial conduce a otorgar protección penal a situaciones fácticas de poder económico incluso a aquellas abiertamente ilegales. Por otro lado el déficit apuntado se revela en las propias limitaciones de la valoración económica del patrimonio. La insatisfacción del ‘exceso’ apuntado conducirá a la introducción de correcciones normativas dando lugar a la versión ‘jurídico-económica’ de patrimonio. Las insuficiencias de los baremos objetivos para la valoración del daño en determinadas situaciones, intentarán paliarse acudiendo a criterios de individualización del daño a través de la teoría objetivo-individual del daño patrimonial”. ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.99.

<sup>432</sup> Cf. VIDALES RODRIGUEZ, Catalina. Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. *Revista del Poder Judicial*. n. 30, 1993, pp.167, onde se analisa a questão de um suposto caso de latrocínio no qual o objeto da subtração é uma quantidade de substâncias proibidas.

<sup>433</sup> Nesse sentido, Salvador Netto afirma que a concepção econômica de patrimônio causa “uma crise no binômio lícito/ilícito”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.56. Para além do estelionato, a concepção econômica tem consequências para outros delitos patrimoniais. Efetivamente, o excessivo apego à facticidade dessa teoria iguala as situações do proprietário e do ladrão. A teoria econômica não analisa os bens de acordo com suas posições jurídicas. Assim, subtrair bem de ladrão seria crime, pois a posse injusta do ladrão seria penalmente tutelada (como patrimônio próprio). No direito

poder de disposição sobre os bens, possibilitando contradições entre a tutela penal e as concepções privatistas acerca do direito sobre os bens. Certamente, os bens pertencem a quem o direito reconhece o pertencimento, não a quem consegue, por qualquer meio, uma simples relação de fato, motivo pelo qual não se pode considerar que integrem o patrimônio, que é um conceito normativo, bens distintos daqueles sobre os quais se pode exercer um direito<sup>434</sup>. Por outro lado, há um déficit de criminalização quando há compensação contábil<sup>435</sup>. Por exemplo, alguém, crendo adquirir quadro de A, adquire, por erro induzido por terceiro, quadro de B. Sendo iguais os valores ou sendo o quadro de B vendido a preço justo não haveria prejuízo, negando-se a tutela penal. O mesmo ocorreria no caso de “compra e venda compulsória”: alguém subtrai bem alheio deixando o valor correspondente, inexistindo, assim, prejuízo contábil<sup>436</sup>.

Outra crítica relevante é a de que a concepção econômica não é neutra, pois não vincula o conceito de patrimônio a uma realidade objetiva, requerendo decisões de caráter valorativo<sup>437</sup>. Com efeito, o valor pecuniário de um bem depende do mercado, da oferta e da demanda. A rigor, uma análise exclusivamente focada na equivalência de valor entre prestação e contraprestação quase sempre deveria reconhecer prejuízo, pois não há, em regra, mercado algum no qual o indivíduo privado possa vender bens pelo preço comercial usual<sup>438</sup>.

O preço de mercado interessa a quem dele participa. Os consumidores não adquirem bens com o objetivo de balancear financeiramente seu patrimônio, conservando o valor global. Os bens são adquiridos para organização da vida cotidiana, tendo em vista os fins individuais. Isto resulta claro do exemplo mencionado por Kindhäuser: um comerciante vende, pelo justo preço de mercado, para uma senhora analfabeta um produto que, segundo o vendedor afirmava, poderia ajudá-la a aprender a ler e escrever em pouco tempo, o que era mentira, pois o objeto era inadequado para a autoaprendizagem. Evidentemente, a senhora

---

brasileiro, segundo entendimento de Salvador Netto, tal caso seria sancionado pela defesa indireta da propriedade do legítimo *dominus*. Além disso, caso o proprietário subtraia o bem do ladrão, cometerá crime patrimonial, e não o crime de exercício arbitrário das próprias razões, já que essa tipificação demandaria uma consideração normativa, algo inadmissível nessa concepção. *Idem*. pp.58-59. Cf. item 3.5.2, *supra*.

<sup>434</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.68.

<sup>435</sup> Cf. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime contra o patrimônio? Breves notas sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p.223.

<sup>436</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.58.

<sup>437</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.37.

<sup>438</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.55.



analfabeta não queria adquirir um produto pelo preço de mercado, mas sim aprender a ler e escrever. Seria uma situação semelhante, prossegue Kindhäuser, a de quem trabalha com a venda de sapatos italianos e, em decorrência de um engano, assina contrato referente a uma entrega de computadores: o negócio será prejudicial, ainda que sejam obtidos computadores no mesmo valor dos sapatos. O sentido e a finalidade de um negócio são falseados quando este é reconstruído como um intercâmbio de valores patrimoniais<sup>439</sup>. b

### 3.8 Concepção mista de patrimônio

Se as teorias econômicas e jurídicas – as teorias puras – são circulares e se mostram com evidentes limitações para definir por si mesmas o patrimônio como objeto de proteção penal, não surpreende que das duas surja uma teoria eclética, a chamada concepção mista ou jurídico-econômica. Contudo, chega-se a chamar esta concepção de um conglomerado de posturas diversas, pois, diferentemente das teorias puras, nas quais via-se uma unidade de pensamento acerca das consequências concretas decorrentes das premissas adotadas, na concepção mista vê-se, em alguma medida, apenas uma unidade quanto aos pontos de partida<sup>440</sup>.

É atribuída a Birkmeyer uma das primeiras tentativas de formulação de um conceito de patrimônio a partir das fontes do direito romano, ao discutir se o furto tinha uma natureza puramente formal ou se seria um delito de enriquecimento<sup>441</sup>. O autor investiga o conceito de *bona*. Originalmente, *bona* significava o mesmo que *familia*, ou seja, a soma de todos os poderes jurídico-privados. Mais tarde, *bona* aparece com um sentido mais restrito: “coisas externas que estão sujeitas ao nosso poder, que nos servem como meio de satisfação de nossas necessidades econômicas”, ou, mais sinteticamente, “os bens”<sup>442</sup>. Neste conceito mais restrito, compreende-se *bona*, portanto, como uma unidade conceitual limitada aos valores econômicos, excluindo-se, dessa forma, os bens de mero valor afetivo. Com efeito,

---

<sup>439</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.56.

<sup>440</sup> Cf. GALLEGOSOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.145-147, com amplas referencias.

<sup>441</sup> HIRSCHBERG, Rudolf. *Der Vermögensbegriff im Strafrecht*. Versuch eines Systems der Vermögensdelikte. Heidelberg: Springer-Verlag, 1934, p.27.

<sup>442</sup> BIRKMEYER, Karl. *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne*. Römisch-Rechtliche Quellenstudien. Erlangen: Verlag von Palm und Enkel, 1879, p.8.

o autor chega a conceituar *bona* como *universitas iuris* constituída em uma unidade dos direitos (com valor de troca) que alguém possui”<sup>443</sup>.

Hans Welzel é considerado o principal expoente da concepção mista de patrimônio<sup>444</sup>. O autor expõe um conceito de patrimônio que não se adapta às teorias puras jurídica e econômica. Welzel concebe o patrimônio como a soma dos valores econômicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Integram o patrimônio, dessa forma, não só os direitos, mas também as posições econômicas juridicamente tuteladas. Para ilustrar sua concepção, o autor estabelece uma espécie de rol acerca dos elementos que compõem o patrimônio: (I) direitos reais e obrigacionais com valor econômico; (II) as expectativas de ganhos econômicos juridicamente fundamentadas; (III) as prestações com valor monetário na vida econômica. Por outro lado, não integrariam o patrimônio os valores econômicos não reconhecidos pelo ordenamento ou obtidos de forma ilícita<sup>445</sup>.

Na articulação de elementos econômicos e jurídicos, uma primeira opção consiste em partir dos postulados do conceito jurídico de patrimônio e exigir que os direitos patrimoniais apresentem objetivamente um valor monetário. Assim, o patrimônio seria a “soma dos direitos patrimoniais de valor monetário de uma pessoa”<sup>446</sup>. Uma segunda opção – majoritariamente aceita – consiste em partir da ideia de patrimônio como conjunto de elementos de valor econômico e submetê-los aos limites jurídicos<sup>447</sup>. Os partidários da concepção mista de patrimônio tomam da teoria jurídica a ideia de que os bens ou valores devem ser possuídos em virtude de uma relação jurídica<sup>448</sup>, o que supõe uma restrição à teoria estritamente econômica; da teoria econômica, adotam a exigência de que o direito subjetivo tenha um valor econômico, o que matiza o conceito estritamente jurídico. Dessa

---

<sup>443</sup> BIRKMEYER, Karl. *Op.cit.*p.105.

<sup>444</sup> ROMERO, Gladys. *Op.cit.*p.241.

<sup>445</sup> WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11.ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, pp.372-374.

<sup>446</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.38-39.

<sup>447</sup> “A la vez, su característica distintiva respecto al concepto económico puro reside en la introducción de la restricción normativa dirigida a superar las contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico, negando el carácter patrimonial de aquellas posiciones desaprobadas jurídicamente aun cuando impliquen para el titular la posibilidad fáctica de una realización económica”. ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.100.

<sup>448</sup> Bajo Fernández entende que basta uma “aparência jurídica”, não sendo necessário o real reconhecimento jurídico. Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.23.

maneira, formam parte do patrimônio de uma pessoa a soma dos valores econômicos postos à disposição de alguém sob a proteção do ordenamento jurídico<sup>449</sup>.

A concepção mista é fruto da necessidade de resolução dos casos problemáticos, os quais não poderiam ser adequadamente resolvidos por nenhuma das anteriores concepções isoladamente<sup>450</sup>. Entretanto, mesmo a teoria mista requer critérios corretivos para ser plenamente funcional. Efetivamente, a teoria por si só não solucionaria, por exemplo, os casos já mencionados nos quais a vítima recebe algo diverso do pretendido, embora não haja prejuízo monetário. Também não oferece resolução adequada aos casos em que se dá frustração de finalidade em prestação unilateral, como ocorre com a famosa figura do falso mendigo<sup>451</sup>. São dois os critérios corretivos da concepção mista de patrimônio apresentados pela doutrina: a concepção objetivo-individual de dano e a teoria da frustração de fins.

### 3.8.1 Concepção objetivo-individual de dano

A decisão paradigmática acerca da concepção objetivo-individual de dano é a BGHSt 16, 321 de 1961 (*Melkmaschinen-Fall*). O fato consistiu no seguinte: o acusado, vendedor de máquinas de ordenha, sugeriu a agricultores que poderia lhes proporcionar o produto por preço abaixo do praticado no mercado, o que era mentira, já que cobrava o valor padrão. O vendedor, além disso, pressionava os clientes dizendo que a oferta era uma oportunidade imperdível e, se não aproveitada, o bem seria adquirido pelos vizinhos. O BGH afirmou a ocorrência de uma perda financeira, apesar da equivalência entre prestação e bem adquirido para três vítimas: K, que estava em dificuldades financeiras e em risco de falência, contraiu novas obrigações para adquirir a máquina; B, que também se encontrava em dificuldades financeiras, teve que fazer um empréstimo no banco; a esposa do agricultor F necessitava de uma máquina para dez vacas, adquirindo, contudo, máquina que era suficiente para duas ou três vacas, no máximo. Dessa forma, estabeleceu o Tribunal que o dano patrimonial ocorre: (I) se o comprador não puder (ou não puder totalmente) usar a prestação obtida tendo em

---

<sup>449</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael. Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño. In: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (Coord.). *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*. Cidade do México: Ubijus, 2011, p.409.

<sup>450</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. Op.cit. p.39.

<sup>451</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. Op.cit. p.69.

vista o fim pressuposto na contratação ou de outra maneira adequada; (II) se, pela obrigação contraída, o enganado se encontra obrigado a tomar medidas lesivas ao próprio patrimônio ou a omitir a celebração de um negócio vantajoso sempre que tais medidas lesivas não se virem compensadas economicamente pela contraprestação; (III) se sofrer uma séria falta de meios para cumprir com outras obrigações ou para manter as relações adequadas a seu modo de vida e a sua economia, de tal modo que um observador objetivo teria considerado que seu patrimônio teria experimentado uma perda de potência, sempre que tal perda não tiver sido compensada por determinadas vantagens econômicas como, por exemplo, ter adquirido o bem a um preço excepcionalmente baixo<sup>452</sup>.

Assim, a teoria objetivo-individual do dano patrimonial tenta conjugar o aspecto da utilidade individual do bem adquirido com o critério econômico de saldo global após a transação<sup>453</sup>. Dessa forma, a princípio, o prejuízo patrimonial deve ser determinado com base nos valores envolvidos no negócio (prestação e contraprestação). Somente nos casos em que o objeto recebido careça de qualquer utilidade prática para o enganado, deve-se afirmar o prejuízo, apesar da equivalência financeira entre prestação e contraprestação<sup>454</sup>. Portanto, esse critério corretivo “destina-se a entender como dano patrimonial não apenas a diminuição do valor economicamente verificado, mas também a correta utilização do patrimônio para a obtenção da satisfação de necessidades, componente de cunho subjetivo”<sup>455</sup>. Isso se impõe a partir do reconhecimento de que o patrimônio não pode ser entendido como algo pertencente ao mundo da Economia, devendo ser interpretado como bem jurídico. Nessa condição, o patrimônio não consiste em uma unidade abstrata, sem conexão com seu titular<sup>456</sup>.

A doutrina mais recente afirma que as situações expostas na sentença devem ser distinguidas e, assim, receber tratamentos diversos. As três hipóteses de configuração de dano patrimonial mencionadas anteriormente podem ser divididas em dois grupos: ausência de utilidade do bem para a vítima (situação I) e comprometimento da liberdade de movimentação econômica da vítima (*wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Opfers*,

---

<sup>452</sup> TEIXEIRA, Adriano. Der individuelle Schadenseinschlag beim Betrug. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. n.5, 2016, pp.307-308.

<sup>453</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.107.

<sup>454</sup> KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*pp.56-57.

<sup>455</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.* p.72.

<sup>456</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.312.

situações II e III)<sup>457</sup>. Tal separação em grupos se mostra necessária notadamente quando se tem em vista critérios desenvolvidos pela vitimodogmática, a fim de se realizar uma distribuição proporcional de deveres entre os integrantes de um negócio jurídico<sup>458</sup>.

Nos dois grupos, a fundamentação do dano patrimonial, em face da comparação objetiva entre prestação e contraprestação, é problemática. Com efeito, não há, propriamente, um enriquecimento do autor, visto que este entrega um bem pelo valor correto<sup>459</sup>. Contudo, nas hipóteses (II e III) em que há comprometimento da liberdade de movimentação econômica da vítima – isto é, nos casos em que, em decorrência da obrigação contraída, o enganado se encontra obrigado a tomar medidas lesivas ao próprio patrimônio ou a omitir a celebração de um negócio benéfico, ou se, em decorrência da realização do negócio, a vítima sofre uma séria falta de meios para cumprir com outras obrigações ou para manter seu modo de vida em termos econômicos – a configuração de um estelionato é dificilmente sustentável. Pense-se, por exemplo, o caso de uma tomada de crédito com posterior dificuldades financeiras para quitação do empréstimo, situação que pode ilustrar bem as hipóteses de comprometimento da liberdade de movimentação econômica. Nesse caso, o dano não tem uma relação imediata com o negócio (empréstimo), decorrente, isto sim, de uma restrição de potência econômica<sup>460</sup>. De fato, além da dificuldade de se identificar um dano, tem-se a problemática configuração de um engano imputável ao autor. Efetivamente, a vítima toma o empréstimo sem estar em erro, tendo plena consciência de que deverá pagar por isso no futuro. Segundo Adriano Teixeira, tutelar situações desse tipo ultrapassaria os fins de proteção da norma do estelionato, o que, evidentemente, não impede outras formas de proteção<sup>461</sup>. Em outras palavras, a contribuição causal do autor para a

---

<sup>457</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.310.

<sup>458</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.9, n.34, 2001, especialmente pp.183 e ss. WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.344-345. HILLENKAMP, Thomas. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? Eine Zwischenbilanz zur „viktinologischen Maxime“ als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. v.129, 2017.

<sup>459</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*pp.310-311.

<sup>460</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.311.

<sup>461</sup> “Die Einschränkung der Lebensführung oder die Herabsetzung des wirtschaftlichen Status Quo mag schützenswert sein, allerdings nicht durch den Betrugstatbestand”. TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.311.

deterioração da situação econômica da vítima não é suficiente para uma responsabilização nos termos do tipo do estelionato<sup>462</sup>.

Nos casos em que o bem adquirido revela-se inútil para a vítima, a despeito da inexistência de prejuízo contabilmente aferível, a utilização do critério objetivo individual para caracterização do dano é bastante aceita. Contudo, a dogmática penal deve lidar com o desafio de fundamentar a existência de um estelionato nesses casos sem recorrer a uma concepção pessoal de patrimônio e de dano<sup>463</sup>. Com efeito, a possibilidade de levar em conta objetivos e preferências individuais do titular do patrimônio pode criar certa incerteza quanto à interpretação dos elementos do tipo de estelionato. Nesse contexto, dois critérios são propostos para delimitar o âmbito de aplicação do critério corretivo do dano objetivo individual<sup>464</sup>.

Em primeiro lugar, a fim de se evitar que preferências e intenções individuais da vítima convertam o estelionato em delito contra a liberdade de disposição, adota-se o critério da perspectiva externa, isto é, a utilidade ou não de um bem deve ser avaliada sob o ponto de vista de um terceiro desinteressado<sup>465</sup>. Entretanto, o reconhecimento desse parâmetro não pode significar que a inutilidade da contraprestação é um dado objetivo, não tendo qualquer relação com as finalidades do enganado. Com efeito, isso pode ser correto para alguns casos, mas não para todos. Pense-se, por exemplo, no caso de quem quer adquirir, por não ter habilitação, uma bicicleta para se locomover e acaba recebendo, ainda que pelo valor pago, uma motocicleta. Essa hipótese deixa claro que um bem pode ser útil desde uma perspectiva externa, mas inútil no caso concreto. A utilidade de um objeto não raramente depende da finalidade prevista pelo usuário<sup>466-467</sup>. Logo, outro critério, relacionado à finalidade do negócio, mostra-se necessário.

---

<sup>462</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.311.

<sup>463</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.312.

<sup>464</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.313.

<sup>465</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.313.

<sup>466</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*pp.314-315.

<sup>467</sup> É possível que a inutilidade do bem decorra da inadequação econômica deste em vista das finalidades da vítima. Assim, no *Melkmaschinen-Fall*, a esposa do agricultor F, a qual necessitava de uma máquina para dez vacas, não teve a utilidade da máquina limitada de nenhuma forma. Contudo, sendo a máquina apta a retirar leite de apenas duas vacas, a mulher viu-se compelida a realizar outro negócio, adquirindo nova máquina, desta vez capaz de suprir suas necessidades econômicas. TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.314.

Dessa forma, a finalidade contratual deve delimitar o âmbito de aplicação do critério objetivo individual. Assim, apenas os fatores individuais presentes, explícita ou implicitamente, na transação devem ser considerados para efeitos de configuração do dano. Voltando ao *Melkmaschinen-Fall*, a esposa do agricultor F deixou claro que precisava de uma máquina para dez vacas. Portanto, o tamanho e a capacidade produtiva do equipamento não eram questões acidentais, mas sim elementos centrais do negócio. A frustração dessa finalidade constitui, dessa maneira, um dano patrimonial<sup>468</sup>.

Os critérios acima referidos – perspectiva objetiva de terceiro desinteressado e observância de finalidades aferíveis na negociação – devem ser aplicados cumulativamente, a fim de se dar fronteiras razoáveis à individualização do dano patrimonial. De fato, a frustração de uma finalidade de uso é fator necessário, mas não suficiente para determinação do prejuízo. A finalidade do uso será parâmetro para a avaliação objetiva do dano. Além disso, essa finalidade deve estar presente, ainda que de maneira implícita, na transação comercial<sup>469</sup>.

### 3.8.2 Frustração de finalidade

Bertolt Brecht, em *A ópera dos três vinténs*, traz o personagem Peachum, dono da empresa “O amigo do mendigo”, cuja função, *grosso modo*, era regular a mendicância nos bairros londrinos, em troca de uma porcentagem do valor arrecadado com as doações. Acontece que, para fazer o transeunte cair “naquele incomum estado de espírito que o predispõe a soltar o dinheiro”, Peachum alugava a seus “funcionários” (isto é, os mendigos) equipamentos que retratavam os “tipos básicos da miséria”, tais como “o aleijado”, “o cego”, entre outros. Entretanto, o equipamento alugado jamais poderia retratar o verdadeiro drama pessoal do usuário, pois, de acordo com Peachum. “ninguém acredita na nossa verdadeira miséria”<sup>470</sup>. Já no âmbito da literatura brasileira, em *O Quinze*, Rachel de Queiroz narra a cena de uma mulher pedindo comida e esmolas com uma criança no colo. Dona Inácia, profundamente comovida, dá dinheiro e alimento para os necessitados. A mulher, pouco

---

<sup>468</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.314.

<sup>469</sup> TEIXEIRA, Adriano. *Op.cit.*p.314.

<sup>470</sup> BRECHT, Bertolt. *A ópera dos três vinténs*. In: *Teatro Completo*. vol. III. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, pp.18-19.

depois, com certa vergonha, esclarece que a criança não era seu filho. Tinha pegado o garoto emprestado com a mãe, pois “sempre dão mais, a gente indo com um menino”. Posteriormente, Dona Inácia, dirigindo-se à mulher e à mãe da criança afirma: “Isso que fizeram era bom de pagarem na cadeia! Explorar assim uma criança!”<sup>471</sup>. Os casos ilustram uma questão bastante discutida na doutrina penal: o estelionato do (falso) mendigo.

Como já discutido, o critério corretivo da perspectiva objetivo-individual do dano tem por âmbito de aplicação os negócios bilaterais economicamente equilibrados, nos quais o engano recai sobre a utilidade da prestação adquirida pela vítima. Sendo assim, tal critério mostra-se insuficiente para os casos em que o objetivo pretendido com a disposição patrimonial não consiste na obtenção de uma utilidade para o disponente, mas sim a obtenção de um fim econômico ou social para terceiros pessoas<sup>472</sup>.

O desprendimento gratuito de um bem patrimonial objetivamente constitui um empobrecimento econômico, o que poderia ser compreendido como “resultado prejudicial”. Todavia, a inclusão das prestações gratuitas no âmbito de tutela do estelionato deve enfrentar certas dificuldades cuja superação requer a aceitação de critérios externos a uma lógica econômica estrita<sup>473</sup>. Com efeito, tendo em vista que, objetivamente, a diminuição patrimonial ocorre já na disposição, deve-se aceitar que o prejuízo é algo mais, ou algo distinto da mera redução econômica do patrimônio (a qual é consequência da gratuidade). Aqui entram em discussão as finalidades do disponente<sup>474</sup>.

Uma primeira dificuldade é a questão da necessidade ou não do desconhecimento do prejuízo. A configuração do elemento “erro” no tipo de estelionato, diz-se, depende de que

---

<sup>471</sup> QUEIROZ, Rachel de. *O Quinze*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2019, pp.136-139.

<sup>472</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.112.

<sup>473</sup> “Además de los casos de impacto perjudicial individual, los partidarios de la doctrina económica del perjuicio desde siempre han enfrentado una especial dificultad en los casos de disposiciones patrimoniales unilaterales. Pues en cada donación, por ejemplo, desde el principio falta un equivalente económico que pudiera agregarse compensatoriamente al patrimonio del donante. En la estafa de donaciones, el engaño se encuentra normalmente referido al fin del donativo. Puesto que este fin no constituye un equivalente con valor pecuniario, y el engañado a sabiendas reduce su patrimonio a través del donativo, tendría que ser negada una estafa por falta de error acerca del carácter perjudicial de la disposición patrimonial. Para evitar este resultado y poder tener por punible la estafa de donaciones, muchos prescinden entonces de la doctrina económica del perjuicio. Así, por ejemplo, se atribuye un valor al fin del donativo siempre que éste tenga un sentido social, lo cual debería ser el caso cuando se trata del cumplimiento de un deber moral o de decencia. Lo que en verdad tiene lugar aquí, sin embargo, es una renuncia a las premisas de la doctrina económica del perjuicio”. KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.57.

<sup>474</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.112-114.



o disponente desconheça o caráter economicamente prejudicial de sua disposição patrimonial. E, desde uma perspectiva com orientação econômica, não se poderia afirmar tal desconhecimento no caso de uma prestação gratuita, como uma doação, pois não haveria contraprestação para garantir o equilíbrio contábil do negócio<sup>475</sup>.

Kindhäuser, ainda quando defendia a tese de que o estelionato, além do patrimônio, tutelaria a liberdade de disposição, apresentou forte argumento contrário à exigência do desconhecimento do caráter prejudicial da disposição patrimonial. Segundo o autor, embora seja correta a afirmação de que não age em liberdade quem não saiba estar causando dano patrimonial a si mesmo, é falso afirmar a necessidade do desconhecimento do caráter prejudicial da disposição patrimonial. A insustentabilidade da redução da falta de liberdade por meio do engano somente à ausência de consciência do resultado lesivo fica evidente com o seguinte exemplo: A engana B, dizendo que C revelará segredo de B. A seria o responsável por levar o dinheiro destinado a comprar o silêncio de C. A fica com o dinheiro. Tendo em vista que A na verdade não conhece o conteúdo do segredo, mas somente sua existência, não se poderia falar em extorsão, pois A não teria como concretizar qualquer mal contra B. Este, B, conhece o caráter prejudicial de sua disposição, cuja finalidade é evitar um dano maior, isto é, a revelação do segredo conhecido por C. Se se compreende a lesão da liberdade de disposição apenas como desconhecimento do seu caráter prejudicial, a situação exposta não constituiria um estelionato. No entanto, B é enganado acerca da contraprestação: o segredo, desde o princípio, não seria revelado. Dessa forma, deve-se compreender que a não liberdade consiste na lesão de um direito à verdade por meio de engano, o qual induz erro acerca das condições essenciais da disposição patrimonial<sup>476</sup>.

Com a dispensa do requisito de desconhecimento do caráter prejudicial da disposição, entretanto, o estelionato poderia configurar-se com qualquer conduta enganosa que de alguma forma afete a liberdade de disposição de quem realiza uma prestação gratuita. Um bom exemplo de como tal interpretação pode expandir em demasia o alcance do estelionato é o conhecido caso da doação à Cruz Vermelha (BayOG, 13/02/1952): uma pessoa recolhia doações para a Cruz Vermelha; contudo, por vezes mentia acerca do valor doado pelos vizinhos para alcançar cada vez maiores cifras; dessa forma, muitos doadores

---

<sup>475</sup> JORDAN, Adolf-Dietrich. Untreue und Betrug durch Zweckverfehlung. *Juristische Rundschau*, Heft 4, 2000, p.133.

<sup>476</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.* pp.411-414.

tinham, na prática, uma finalidade de ostentação perante seus pares. Importante ressaltar que, nesse caso, o valor era efetivamente destinado para a instituição<sup>477</sup>. A exigência do prejuízo não consciente daria solução diversa ao caso, devendo-se reconhecer sua atipicidade. Entretanto, a conduta seria atípica ainda que o valor arrecadado não fosse destinado à instituição<sup>478</sup>.

Para evitar tais excessos de criminalização, como visto no referido caso, tendo em vista que não se poderia punir qualquer mentira no âmbito das transações econômicas, a doutrina procura estabelecer limites para tutela da frustração de finalidades. Por isso, propõe-se a distinção entre finalidades relevantes e finalidades irrelevantes, em função da finalidade social objetivamente reconhecível no caráter da disposição patrimonial<sup>479</sup>.

E qual o critério para delimitação das finalidades relevantes? Analogamente ao que se propõe na teoria objetivo-individual do dano, procura-se incluir o valor de utilidade como elemento do prejuízo patrimonial. Uma doação, por exemplo, não se dirige a obter uma contraprestação de utilidade pessoal, mas sim uma utilidade dirigida ao destinatário, seja uma pessoa física determinada ou uma instituição. Dessa forma, entende-se que são relevantes os fins sociais ou políticos, isto é, a utilidade da disposição patrimonial para um terceiro é o que anima a decisão do disponente. Logo, quando a prestação gratuita é obtida mediante a simulação da destinação, frustra-se o sentido de utilidade prevista segundo os fins pretendidos. Nesse caso, a redução patrimonial, repita-se, pressuposta nos casos em que há gratuidade, configura-se como prejuízo típico<sup>480</sup>.

Há, ainda, algo a ser dito acerca do âmbito de aplicação da teoria da frustração dos fins. Este critério corretivo tem, como já visto, seu âmbito de aplicação nas hipóteses de prestações unilaterais. Contudo, aplica-se também tal critério nos casos de transações parcialmente onerosas, as quais apresentam um elemento de gratuidade, por exemplo, a compra a preço superior ao de mercado de um bem para apoiar uma causa social. Nesses

---

<sup>477</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.115. Ver também: SCHLÖSSER, Jan. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schadensbegriffes. Zur jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue und ihren Folgen für eine Schadensbegründung im Rahmen des Betruges. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.6, 2011, p.262.

<sup>478</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.116.

<sup>479</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada. Op.cit.*, pp.73-74, nota 87.

<sup>480</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.118-119.

casos, o desequilíbrio econômico seria compensado pela destinação social da disposição patrimonial<sup>481</sup>.

Quanto às transações economicamente equilibradas, nas quais há uma determinada finalidade social no ato de disposição patrimonial, a aplicabilidade da teoria da frustração dos fins mostra-se controversa, predominando o rechaço desse critério nos casos de prestações bilaterais. Imagine-se o seguinte caso: A assina uma revista mensal, pagando o preço de mercado, após suposição induzida pelo vendedor de que os valores arrecadados teriam determinada destinação social, o que não se verificava. Desde uma concepção jurídico-econômica de patrimônio, tal hipótese constitui uma contradição complexa. Efetivamente, se o bem adquirido apresenta a utilidade objetiva que lhe é própria, desde uma perspectiva objetivo-individual não se poderia afirmar o dano, tendo em vista o valor de uso. Logo, afirmar o dano patrimonial nesse caso implicaria reconhecer uma exceção individualizadora (frustração de fins) à exceção individualizadora do critério objetivo-individual<sup>482</sup>.

### 3.9 Conceito pessoal de patrimônio

As teorias objetivo-individual e de frustração de fins são corretivos pessoais aplicados em uma concepção ainda mista de patrimônio. São necessárias porque há uma assimetria entre as definições de patrimônio e de prejuízo. Efetivamente, referidas teorias apenas conferiam o caráter penalmente relevante a hipóteses de danos não abarcados pela concepção jurídico-econômica de patrimônio. Em outras palavras, os critérios individualizadores são meios de evitar soluções político-criminalmente insatisfatórias. Contudo, tais critérios não podem encobrir a debilidade de sua justificação no marco conceitual da orientação econômica. Nesse contexto, a concepção pessoal de patrimônio apresenta-se como um avanço dogmático, na medida em que oferece uma congruência conceitual entre o patrimônio e sua lesão<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Cf. ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.120.

<sup>482</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.120-123.

<sup>483</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.123 e 126. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación. Op.cit.* pp.85-86.

Entretanto, para além desse avanço dogmático, deve-se indagar acerca da capacidade de rendimento do conceito pessoal de patrimônio para a resolução de casos práticos. Neste sentido, ao final do capítulo serão discutidos dois grupos de situações. A escolha dos grupos se dá não só por sua relevância teórica. Com efeito, pretende-se com os chamados (I) casos de passageiros ou usuários clandestinos evidenciar a necessidade de, diante de um suposto estelionato, verificar, antes de tudo, a existência ou não de um prejuízo. Já o (II) estelionato de uso deixará claro o caráter patrimonial do delito de estelionato, além de servir de base para a discussão da questão acerca do risco como prejuízo patrimonial.

### 3.9.1 Origens

As origens da concepção pessoal de patrimônio remontam ao pensamento de Paul Bockelmann<sup>484</sup>. O autor, após criticar a insuficiência das perspectivas unilaterais (jurídica e econômica), aponta que a teoria mista consistia em uma tentativa de superar a oposição entre as concepções puristas, por meio da configuração do patrimônio como a soma dos valores econômicos de alguém protegidos pelo sistema jurídico. Bockelmann reconhece que, abandonando perspectivas unilaterais, a concepção mista consegue, por um lado, ao referir-se à “proteção da ordem jurídica”, evitar a incorporação de bens possuídos ilicitamente ao conceito de patrimônio sem qualquer tipo de restrição; por outro lado, ao considerar os aspectos econômicos dos elementos patrimoniais, evita que os valores não concretizados em direitos subjetivos permaneçam completamente sem proteção. Segundo o autor, estes pontos evidenciam a superioridade da concepção mista em relação às teorias puras<sup>485</sup>.

Todavia, deve-se reconhecer a existência de uma diversidade de relações pessoais do sujeito com os seus elementos patrimoniais. A teoria mista falha ao não conseguir abarcar satisfatoriamente tais relações. Assim, a teoria pessoal do patrimônio procura dar reconhecimento aos interesses pessoais, por meio de um afastamento fundamental das formas tradicionais de compreender o patrimônio: parte-se, agora, da perspectiva do sujeito. Dessa forma, ficariam em segundo plano, segundo Bockelmann, discussões acerca de que

---

<sup>484</sup> Cf. GALLEGOSOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.183. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*p.56.

<sup>485</sup> BOCKELMANN, Paul. Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug. *Juristen Zeitung*, nº15/16, 1952, pp.463-464.

tipos de bens podem ser contabilizados como bens patrimoniais e que formas de violações constituem, por si mesmas, o dano patrimonial típico. Dessa maneira, a concepção pessoal determina a extensão do patrimônio e a existência do dano de acordo com as finalidades e necessidades econômicas de quem dispõe patrimonialmente<sup>486</sup>.

### 3.9.2 Concepção pessoal de patrimônio e de prejuízo

Premissa necessária para qualquer discussão acerca da configuração de um dano patrimonial é a determinação de qual a correta instância de valoração dos bens, para, dessa forma, ser possível avaliar se houve ou não um prejuízo patrimonial em uma transação comercial. Nesse sentido, antes mesmo da consolidação de um conceito pessoal de patrimônio, Pedrazzi já discutia o conceito de valor para fins de delitos patrimoniais. Ensinava o autor que são múltiplos os critérios de mensuração de valor. De fato, raramente o valor atribuído por uma coletividade a um bem coincide com o interesse que um determinado sujeito tem neste mesmo bem. Integrando um complexo patrimonial, um bem adquire um valor próprio em função das necessidades e objetivos do titular. Assim, por exemplo, o “bem de valor meramente afetivo” seria o ponto extremo da valoração sob a perspectiva individual, visto que tais bens são insignificantes para a coletividade. Portanto, um estudo dos delitos patrimoniais deveria indagar até que ponto o valor pode ser definido pela generalidade, consistindo, assim, no valor de mercado, ou, no extremo oposto, o valor afetivo também deve adentrar a esfera de proteção penal no âmbito patrimonial<sup>487</sup>.

Segundo a sistematização proposta por Pastor Muñoz, há três perspectivas possíveis de valoração. Em primeiro lugar, há a perspectiva abstrata, segundo a qual o patrimônio é um conjunto de bens de valor econômico. E, para calcular seu valor, os bens devem ser traduzidos em seu valor monetário de mercado<sup>488</sup>. Assim, essa perspectiva não tem em conta as peculiaridades do titular do bem jurídico: não importa a posição que este ocupe na relação econômica, nem suas preferências. A perspectiva abstrata apresenta, portanto, caráter

---

<sup>486</sup> BOCKELMANN, Paul. *Op.cit.*p.464.

<sup>487</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*pp.17-18.

<sup>488</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación.* *Op.cit.* p.74.

estático<sup>489</sup>. Esta concepção traz consigo algumas dificuldades. Primeiramente, a mera referência ao valor de mercado não indica em qual momento essa valoração deve ser levada em conta, isto é, não estabelece se o valor do bem tem a ver com sua capacidade atual de ser trocado por dinheiro, ou se tem a ver com preço pago para sua aquisição. A questão é importante, pois, a depender do referencial temporal adotado, bens adquiridos por meio de contraprestação pecuniária, mas sem qualquer valor monetário presente seriam irrelevantes do ponto de vista penal<sup>490</sup>. Além disso, para traduzir os bens em seus valores monetários, são necessários critérios de conversão. O resultado do processo de tradução é uma cifra exata, mas para encontrá-la é preciso empregar critérios valorativos de orientação econômica. Em outras palavras, a perspectiva abstrata considera que o mercado é uma instância de valoração que está acima do titular do patrimônio. Entretanto, a rejeição total à personalização faz com que o patrimônio perca seu sentido: teria razão de ser se não compreendido como uma realidade a serviço de seu titular? A perspectiva abstrata falha, portanto, por não reconhecer que em um contato econômico concreto, quem coloca em jogo seu patrimônio ocupa uma posição determinada em uma relação econômica e isto implica que o titular afeta seu patrimônio a determinados fins (próprios da posição que ocupa)<sup>491</sup>. E mais: a imposição ao titular da racionalidade do mercado pode, no limite, fazer com que o patrimônio seja protegido contra a vontade do titular. Seria o caso da “compensação forçada”: por exemplo, A deseja comprar um produto com determinadas características, mas, por engano provocado pelo vendedor, acaba adquirindo, pelo preço de mercado, produto de qualidade inferior<sup>492</sup>. Se o direito civil estabelece como direito real de propriedade o direito

---

<sup>489</sup> Destacado representante desta perspectiva (chamada de objetiva), foi: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.240 e ss.

<sup>490</sup> Cf. PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*p.18. Em sentido semelhante: KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. *Op.cit.*p.55.

<sup>491</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.74-75.

<sup>492</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.77. Valle Muñiz, seguindo sua linha de valoração exclusivamente objetiva-econômica do prejuízo (isto é, sem interferência de critérios de índole subjetiva, como o critério da valoração objetivo-individual do dano), afirma: “Ausente el desequilibrio patrimonial no cabe afirmar el perjuicio. De este modo, no podemos comulgar con la opinión de que la falta de utilidad del bien supone una disminución económica del patrimonio. El valor de un bien viene determinado por su precio de mercado, no por el grado de satisfacción de las necesidades del sujeto que lo adquiere. Así, por ejemplo, un aparato de vídeo adquirido en el mercado por 150.000 pesetas, no sufre alteración en su valor económico por el hecho de que el adquirente necesitara uno con sistema ‘VHS’, en vez del ‘BETAMAX’ efectivamente adquirido, con el que no podrá, por problemas técnicos, satisfacer las necesidades perseguidas”. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.250. Contudo, o autor faz uma ressalva, afirmando que é possível que a equivalência entre prestação e contraprestação seja mais aparente que real. Com efeito, não haveria tal equivalência nas hipóteses de “absoluta impossibilidade de realização econômica” no contexto social e geográfico em que se realiza o negócio. Exemplifica com a venda de um frigorífico para um esquimó. Neste caso, haveria prejuízo, não pela falta de utilidade do bem, mas sim por essa impossibilidade de realização

de usar, abusar das coisas, o que abarca, evidentemente, as decisões antieconômicas, absurdas e caprichosas<sup>493</sup>, não há razão para limitar a tutela penal apenas às decisões de organização patrimonial que o mercado considere economicamente racionais.

Em segundo lugar, há a perspectiva subjetivista, de acordo com a qual a qualificação como patrimônio de uma série de bens, assim como a valoração destes, deve depender unicamente de seu titular, uma vez que, se o titular do patrimônio tem a faculdade de estruturar sua esfera patrimonial segundo lhe aprouver, com total liberdade dentro dos limites impostos pelo direito, não há razão para que o mercado possa impor seus critérios. Segundo Pedrazzi, um interesse respeitável e digno de proteção pode ser lesionado mediante uma fraude, sem que, contudo, configure-se o estelionato. De acordo com o autor, deve-se distinguir entre os interesses patrimoniais propriamente ditos e os demais interesses humanos. Assim, exemplifica, não sofre estelionato quem, entre dois instrumentos musicais de igual valor monetário, escolhe o que se diz (falsamente) ter pertencido a um falecido amigo<sup>494</sup>. Embora a intenção de Pedrazzi seja evidenciar a necessidade de lesão econômica/monetária efetiva em uma transação comercial fraudulenta para a configuração do estelionato, a distinção proposta pelo autor sugere uma distinção entre os interesses patrimoniais e os interesses da pessoa, o que contraria a própria essência da ideia de instrumentalidade do patrimônio<sup>495</sup>, como elemento do desenvolvimento da personalidade. Não obstante, a perspectiva subjetivista deve ser rechaçada, pois a total subjetivização não é compatível com a necessidade de que em uma interação os atores se orientem segundo as normas penais<sup>496</sup>.

Por fim, a perspectiva concreta ou pessoal pretende satisfazer a necessidade de levar em conta o titular do patrimônio e, assim, superar as limitações da perspectiva abstrata; ao mesmo tempo, pretende dotar o tipo penal de contornos precisos, invariáveis segundo o arbítrio do titular do patrimônio, sanando, dessa forma, os defeitos da perspectiva subjetivista. Para a perspectiva concreta, a valoração emitida pelo titular do patrimônio

---

econômica, visto que o produto adquirido, nessas circunstâncias, não incrementaria o patrimônio do enganado. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.250-251.

<sup>493</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.IV. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp.77 e ss.

<sup>494</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*p.22.

<sup>495</sup> Cf. GALLEGOS SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.244.

<sup>496</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.75.

prevalece sobre o juízo emitido pelo mercado. Assim, a diminuição do valor monetário que se produza na esfera patrimonial de um sujeito não é necessariamente um prejuízo. Com efeito, não será se corresponder ao planejamento patrimonial do titular<sup>497</sup>.

A concepção pessoal de patrimônio adota a perspectiva concreta de valoração, tendo em vista que parte do ponto de vista do sujeito, levando em consideração sua relação com seus bens e valores. Com efeito, nas teorias pessoais, o indivíduo aparece como eixo da definição de patrimônio, não figurando o titular como mero aglutinador de bens, convertendo-se, isso sim, em uma instância válida de estabelecimento de fins. Desse modo, os bens constituintes do patrimônio não são protegidos porque possuem, objetivamente considerados, um valor monetário – o que já constitui uma superação de um conceito de patrimônio aferrado ao plano material – mas sim por assegurarem à pessoa um espaço de livre desenvolvimento<sup>498</sup>. O patrimônio “é uma unidade pessoalmente estruturada que garante o desenvolvimento da pessoa no âmbito material” e está constituída por relações de domínio juridicamente reconhecidas entre a pessoa e os bens patrimoniais que podem ser objetos de negócios jurídicos<sup>499</sup>. Dessa forma, o prejuízo seria, *grosso modo*, a diminuição do poder de domínio sobre os bens que possibilitam a satisfação de necessidades de seu titular<sup>500</sup>. Tal orientação em relação à pessoa, aprofundou na compreensão de patrimônio “a importância de uma dimensão humana e concreta, a qual não reduz ao cálculo econômico o conceito de dano patrimonial”<sup>501</sup>. Tal concepção deve-se ao processo de desmaterialização do bem jurídico, o qual deixa de ser compreendido como uma realidade empírica e passa a

---

<sup>497</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.77-78.

<sup>498</sup> LUDWIG, Martin. *Betrug und betrugsähnliche Delikte im spanischen und deutschen Strafrecht*. Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2002, p.92. LUCARELLI, Umberto. *Op.cit.*p.7. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.76.

<sup>499</sup> HAGENBUCHER, Florian. Der Herrschaftsbegriff als Basis des Vermögensbegriffs. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag & Media UG, 2002, p.176.

<sup>500</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.71. ROMERO, Gladys. *Op.cit.*pp.251-252.

<sup>501</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*. *Op.cit.*p.82. “La consecuencia más importante es que el perjuicio patrimonial en el delito de estafa no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima”. DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. *Op.cit.*p.46.



ser concebido como uma relação protegida pela norma jurídica entre uma pessoa e determinados valores reconhecidos socialmente<sup>502</sup>.

Não é demais enfatizar que as relações de domínio devem ser juridicamente reconhecidas. De fato, a doutrina aponta que a definição de patrimônio como meio que possibilita o desenvolvimento pessoal do titular no âmbito econômico levaria a se aceitar que todos os bens e direitos sobre os quais o titular tenha um poder de domínio ou disposição integrariam o patrimônio, visto que seriam capazes de garantir este desenvolvimento<sup>503</sup>. Todavia, uma interpretação conforme com o ordenamento jurídico globalmente considerado evidencia que o desenvolvimento pessoal não se deve compreender como algo absoluto, à margem do direito, pois, precisamente, trata-se de garantir o desenvolvimento individual no marco jurídico de uma determinada sociedade<sup>504</sup>. Em outras palavras, o próprio conceito pessoal de patrimônio já traz em si algumas restrições normativas, de tal sorte que não se possa considerar qualquer bem como integrante do patrimônio só pela circunstância da possibilidade de disposição fática, independentemente de seu valor intersubjetivamente reconhecido, ou da origem desse poder de disposição<sup>505</sup>. Idêntico raciocínio é aplicado para a tutela da “força de trabalho”. Somente em um sentido amplo, não técnico, pode-se afirmar que o trabalho de alguém é ser prostituta ou ser ladrão. Nestes casos, evidencia-se apenas que ao menos uma das fontes de subsistência da pessoa é a prostituição ou a delinquência. Logo, descrever a profissão de alguém com estes termos seria uma caracterização estritamente fática<sup>506</sup>.

O patrimônio protegido pelo tipo de estelionato é um poder juridicamente reconhecido de que goza o titular de uma série de bens. A fonte do referido poder é a base material do patrimônio, constituída pelos bens juridicamente reconhecidos. Contudo, o

---

<sup>502</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.45, nota 103. Nessa linha, já ensinava Chaves Camargo: “o bem jurídico não pode ser entendido sempre com o mesmo significado, porque vários fatores interferem na sua delimitação semântica, cabendo ao intérprete a análise de cada caso, no sentido de verificar-se se há relevância para a imposição do Direito Penal, naquela relação de comunicação”. CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p.128.

<sup>503</sup> Cf. GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Op.cit.*p.249.

<sup>504</sup> Embora este trabalho tenha tratado da posse ilegítima e da fraude em negócios ilícitos como questões preliminares ao conceito de patrimônio, repete-se aqui parte da temática apenas para deixar claro que a concepção pessoal não contradiz as premissas adotadas.

<sup>505</sup> GALLEGU SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.224.

<sup>506</sup> GALLEGU SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.285.

patrimônio não é a simples soma desses bens, mas sim o poder que surge da relação entre eles e o seu titular. Em outras palavras, a dimensão individual impede que se considere o patrimônio como um conjunto rígido, alheio à concreta organização funcional na que o titular situa a utilidade de seus bens<sup>507</sup>.

A base material do patrimônio se estende a tudo o que seja juridicamente suscetível de disposição, não havendo necessidade de posse atual dos bens. Há dois requisitos para que um bem integre a base material do patrimônio. Em primeiro lugar, o bem deve poder ser objeto de uma relação jurídica e, para isso, ter a condição de disponibilidade jurídica. A disponibilidade é um limite jurídico ao tráfico econômico; o que não é disponível não integra o patrimônio. Em segundo lugar, bens devem ser fontes de poder econômico. O pertencimento de um bem à base material do patrimônio depende da configuração do mercado em cada momento histórico, mas, sobretudo, de que exista alguém disposto a negociar sobre esse bem. Portanto, a nenhum bem se pode negar *ex ante* o caráter de fonte de poder econômico, pois pode adquirir dita natureza se dois intervenientes no mercado iniciam uma interação que tenha por objeto esse bem<sup>508</sup>.

Podem integrar o patrimônio, dessa forma, as expectativas de lucros, sempre que sejam fontes de poder econômico, isto é, quando constituam o objeto de uma relação econômica, e sejam juridicamente reconhecidas, sendo irrelevantes, portanto, as expectativas econômicas decorrentes de um negócio ilícito. Segundo essa concepção, um engano sobre a rentabilidade de um investimento pode configurar prejuízo típico. Com efeito, nessa hipótese, a vítima sofre um lucro cessante, não uma diminuição patrimonial, pois somente foi defraudada a expectativa de enriquecimento. Contudo, é precisamente a expectativa de lucros o que constitui o objeto da relação econômica e a razão de ser do negócio jurídico. Assim, se, ao invés de adquirir mediante o investimento certas expectativas de ganhos incertas, são adquiridas expectativas de ganhos nulas ou substancialmente mais incertas que a prevista, pode-se falar em prejuízo patrimonial<sup>509</sup>.

---

<sup>507</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.128.

<sup>508</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación. Op.cit.* pp.79-80. Em sentido semelhante, Kindhäuser afirma ser necessário, a fim de evitar contradições lógicas e axiológicas no âmbito de tutela penal do patrimônio, conferir proteção contra estelionato inclusive aos bens sem valor de mercado. KINDHÄUSER, Urs. Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa. *Op.cit.*p.418.

<sup>509</sup> Acerca do perigo como prejuízo patrimonial, ver: BALMACEDA HOYOS, Gustavo; PELLER, Michael Ferdinand. Análisis dogmático del concepto de “perjuicio” en el delito de estafa: Especial referencia al concepto de “perjuicio en forma de peligro”. *Revista de Estudios de la Justicia*, nº7, 2006, pp.195 e 213.

Além disso, bens carentes de valor monetário de mercado podem formar parte da base material do patrimônio<sup>510</sup>, visto que podem ser convertidos em objeto de uma relação econômica. Com efeito, a manutenção da posse de algo que traga mais gastos do que ganhos – como seria o caso de manutenção de um velho animal de criação que já não está em condições de ser utilizado em qualquer tipo de atividade produtiva – pode ser compreendida como a manifestação da vontade de preferência ao bem “antieconômico” em relação a uma situação econômica, segundo critérios do mercado, mais vantajosa<sup>511</sup>.

Por fim, é importante salientar que a adoção do conceito pessoal de patrimônio tem, como aponta Gallego Soler, uma repercussão mais geral em termos de delitos patrimoniais na medida em que dilui a distinção entre “crimes contra a propriedade – crimes contra o patrimônio”. De fato, tal concepção possibilita um tratamento unitário dos delitos contra os valores patrimoniais individuais, pois o critério definidor para que se possa considerar que um concreto objeto ou direito forma parte do patrimônio de alguém é sua suscetibilidade para servir ao desenvolvimento econômico de uma pessoa. Inclui-se, como já visto, no conceito de estelionato os comportamentos que lesionem interesses independentemente de que estes se concretizem ou não em um menoscabo formal (econômico) do patrimônio. Com a concepção pessoal, portanto, pode-se afirmar que os delitos de apropriação são também delitos patrimoniais na medida em que afetam uma relação patrimonial concreta, o que obriga a aceitar-se que ao se lesionar a propriedade, lesiona-se também o patrimônio do titular, o qual pode ser prejudicado em sua globalidade ou em um de seus componentes. É assim que a utilização de um conceito pessoal de patrimônio permitiria advertir que a relação entre a clássica dicotomia “delitos contra a propriedade – delitos contra o patrimônio” não pode ser considerada como uma relação entre opostos em função da existência ou ausência de valor econômico do objeto<sup>512</sup>.

---

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial. Comentario a la STS 17 marzo 1995, A 2.029. Pte: Excme. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. *Poder Judicial*. nº 39, 1995, p.530.

<sup>510</sup> Em sentido contrário: ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.155.

<sup>511</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.81.

<sup>512</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.224-225 e 265-266.

### 3.9.3 Críticas e resposta às críticas

As críticas ao conceito pessoal de patrimônio dividem-se em três grupos: (I) acerca da utilidade do conceito; (II) acerca da conversão do estelionato em um delito contra a mera liberdade de disposição; (III) acerca da excessiva dependência do subjetivismo do sujeito passivo para ser possível afirmar a configuração de um estelionato. Quanto ao primeiro ponto, Zugalúa Espinar indica que haveria pouca utilidade na elaboração de um conceito pessoal de patrimônio. Segundo o autor, se a missão fundamental dos estudos jurídico-penais é elaborar instrumentos conceituais que permitam dar soluções racionais aos problemas não resolvidos ou mal resolvidos da prática, deve-se reconhecer que a teoria pessoal não soluciona nada que já não estivesse resolvido com anterioridade corretamente por meio da teoria mista com seus critérios corretivos<sup>513</sup>.

Neste sentido, o autor procura demonstrar como a concepção pessoal resolve problemas práticos. Assim, exemplifica: (a) Não haveria estelionato se alguém compra uma máquina de uma empresa A, mas recebe uma máquina de uma empresa B, se as máquinas têm o mesmo valor e realizam a mesma função, pois a pessoa consegue atingir seu fim econômico; (b) Não haveria estelionato no já mencionado caso da Cruz Vermelha, visto que o fim econômico da doação foi observado, embora o fim secundário (ostentação/prestígio perante os vizinhos) tenha sido frustrado; (c) Haveria estelionato no caso de quem compra um quadro sem valor monetário e paga a mercadoria com moeda falsa; (d) Haveria estelionato no caso de venda de quadro em que se mente acerca da identidade do pintor, mesmo que o preço pago seja justo<sup>514</sup>.

Esta crítica, porém, não se sustenta. Com efeito, há possibilidades de divergências entre as soluções decorrentes de uma concepção mista e de uma concepção pessoal de patrimônio, na medida em que, na última, o elemento definidor do prejuízo é constituído pela configuração das finalidades econômicas conforme a parâmetros intersubjetivos, de modo que o valor de mercado apenas pode ser levado em consideração na aferição do prejuízo, ao passo que na concepção mista ainda há uma dependência de valorações

---

<sup>513</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*pp.59-60. Ver também: DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001, p.271. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada. Op.cit.*p.79.

<sup>514</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*pp.58-59.

econômicas<sup>515</sup>. Contudo, ainda que as soluções fossem as mesmas em todo caso, a preferência pela concepção pessoal justifica-se pela não necessidade de adotar critérios corretivos. Em outras palavras, a concepção pessoal consiste em um avanço dogmático em relação à concepção mista, na medida em que é suficiente para resolução satisfatória de casos por si mesma.

A segunda crítica vai no sentido de que uma redução do conceito de patrimônio a uma ideia de frustração de finalidades converteria o estelionato em um delito contra a mera liberdade de disposição. Segundo Pastor Muñoz, esta percepção é falsa. Com efeito, assim como para uma concepção do estelionato como delito contra a liberdade de disposição as consequências que o ato de disposição desenvolva no patrimônio do sujeito passivo são indiferentes, na concepção pessoal, o prejuízo tem um conteúdo próprio que pode diferenciar-se do ato de disposição não livre<sup>516</sup>.

Manifesta-se também contra esta crítica Gallego Soler. Com alguma influência de Kindhäuser, Gallego afirma que a crítica acerca do risco de que o estelionato se converta em um mero delito contra a liberdade de disposição, não pode ignorar que sua estrutura típica requer um exercício de liberdade do enganado. Efetivamente, o tipo básico do estelionato exige a realização imediata de um ato de disposição sobre qualquer dos elementos que integram o patrimônio. Se da própria configuração típica se depreende o caráter de um delito de autoprejuízo, e a disposição patrimonial é o elemento essencial a partir do qual se diferencia o estelionato do furto, não se pode negar a existência de um momento em que o sujeito passivo realiza um ato de disposição na convicção de que não somente não vai sofrer um prejuízo patrimonial no sentido de que obtém algo diferente ao que quer, mas também que vai realizar um negócio jurídico – unilateral ou bilateral – que normalmente será benéfico para seus interesses. Este ato de disposição é realizado por meio do consentimento referido a uma condição, a um objeto e/ou a um modo que foi erroneamente configurado pela conduta enganosa do sujeito ativo. O sujeito passivo consente, em erro, visto que configurou erroneamente as circunstâncias do ato de disposição. Mas não se pode negar que o consentimento outorgado é um ato de disposição com plenos efeitos em seu próprio patrimônio (ou no de terceiro, no caso de estelionato triangular). Logo, deve-se considerar que junto ao patrimônio como objeto material penalmente protegido no

---

<sup>515</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.375.

<sup>516</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.86-87.

estelionato, existe outro elemento a considerar que é o ato de liberdade negocial consistente em participar de um negócio, na prestação de um consentimento nulo, pois motivado por um engano<sup>517</sup>.

Disto não deriva necessariamente que seja a liberdade o único bem jurídico-penalmente protegido no estelionato, nem que a liberdade – genericamente considerada – encontre proteção jurídico-penal mediante este tipo. Segundo Gallego, é perfeitamente admissível defender que os delitos patrimoniais, especialmente o estelionato, faticamente sirvam de modo mediato à proteção da liberdade de disposição, sem que isto suponha que tais delitos encontrem sua razão de ser nesse elemento, nem que seja a liberdade o eixo axiológico sobre o qual estes tipos se configuram. Assim, segue o autor, o estelionato efetivamente tutela o patrimônio; contudo, a liberdade de disposição seria um elemento que possui relevância para a delimitação do próprio conceito de patrimônio. No concreto âmbito do estelionato, na medida em que o sujeito ativo obtenha uma vantagem patrimonial aproveitando uma situação da vítima na qual esta configurou sua liberdade de disposição de uma forma não livre, dado o engano, qualquer ato de disposição patrimonial que resulte na vantagem poderá ser considerado como vulneração da liberdade de autodeterminação no âmbito econômico, visto que o ato não será livre. Dessa forma, conclui Gallego, no estelionato, a liberdade de disposição patrimonial tem relevância no âmbito de proteção penal, dotando de conteúdo o fim de proteção da norma, de tal modo que não se pode afirmar a existência de uma lesão patrimonial sem a existência simultânea de lesão da liberdade de disposição patrimonial<sup>518</sup>. O posicionamento de Gallego Soler tem o mérito de colocar em xeque a real importância da discussão acerca de uma eventual tutela da liberdade de disposição. Como ficará mais claro ao se discutir o chamado estelionato de uso, ainda que se reconheça uma tutela da liberdade de disposição, a violação *apenas* desta liberdade será insuficiente para a configuração do estelionato.

Por fim, há a crítica no sentido de que o conceito pessoal abre espaço para um excessivo subjetivismo para a configuração do prejuízo, visto que este dependeria apenas da vontade da vítima. Com efeito, a concepção pessoal suscita fortes reservas já em sua

---

<sup>517</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.230-231.

<sup>518</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.232, 250-251, 254. GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. Comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004. Ponente: Excmo. Sr. D. J. R. Berdugo y Gómez de la Torre. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 58, 2005, p.550.

denominação. Como apontam Godinho e Mayer Fux, falar em um conceito personalista de patrimônio sugere que a definição deste para fins de estelionato depende da pessoa do titular, o que, desde logo, arrastaria consigo o perigo de uma subjetivização do conceito de prejuízo e impediria qualquer avanço no sentido de estabelecer um mínimo de certeza para a delimitação do bem jurídico protegido pelo tipo penal. Ou seja, a própria denominação já sugere a possibilidade de adoção de uma concepção de prejuízo dependente de caprichos, do arbítrio do titular. Embora nenhuma das concepções anteriormente apresentadas desconheça o patrimônio como elemento do desenvolvimento da personalidade, não se poderia deduzir desta ideia a necessidade de se atender às finalidades que o titular do patrimônio pretende com a disposição patrimonial. No estelionato, o engano apenas se pode referir a informações que, segundo o objeto da relação econômica respectiva, sejam manifestamente relevantes e decisivos para uma disposição patrimonial racional<sup>519</sup>.

A crítica à concepção pessoal segue no sentido de que, diferentemente das subvenções estatais, cujas finalidades são objetivas e expressas normativamente, os fins da disposição que o titular do patrimônio tenha no crime de estelionato carecem de tal característica, pois são fins em relação aos quais não existiria certeza ou objetividade. Não existiria transparência em relação aos critérios com base nos quais ditas finalidades devem ser estabelecidas, motivo pelo qual não poderiam ser invocadas no momento de se afirmar a existência de um prejuízo típico<sup>520</sup>.

Ainda de acordo com Godinho e Mayer Fux, os fins pessoais do disponente não se tomam em conta pela sua condição de fim pessoal, mas única e exclusivamente por formar parte do objeto da relação econômica. O engano não pode afetar o objeto intersubjetivo da relação patrimonial. Com efeito, mais acertado falar em fins da relação econômica e não dos fins do disponente. É equívoco, portanto, afirmar que o titular do patrimônio, nos seus atos de disposição, pode introduzir todo o tipo de fins pessoais em uma relação econômica. Em um negócio, não importam os fins pessoais, mas sim o objeto da relação negocial. Este serve

---

<sup>519</sup> GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Op.cit.* pp.246-247.

<sup>520</sup> GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Op.cit.* p.255.

para determinar quais são os fatos que são juridicamente relevantes para efeitos de estelionato<sup>521</sup>.

Como quase chegam a reconhecer Godinho e Mayer Fux, esta última crítica é quase meramente terminológica. Efetivamente, os fins da relação econômica são determinados pelas partes da própria relação e não exclusivamente pelo titular do patrimônio. Portanto, a determinação dos fins da relação econômica não é meramente subjetiva<sup>522</sup>, mas intersubjetiva. Assim, para que se possa afirmar a existência de um prejuízo, deve-se extrair ou deduzir a finalidade da disposição patrimonial a partir do objeto da relação negocial estabelecido não subjetivamente, mas antes intersubjetivamente entre as partes<sup>523</sup>.

De fato, a base material do patrimônio outorga poder ao sujeito para seu livre desenvolvimento, pois permite que o titular interaja economicamente e, assim, defina e persiga fins. O fato de que o estelionato se caracteriza pela existência de um processo de interação entre autor e vítima torna possível que o titular expresse nessa interação suas preferências e, com isso, se produza uma personalização adicional do patrimônio. Admitir a personalização exige, por um lado, precisar o grau de personalização que é admissível e, por outro, determinar o método adequado para estabelecer quando as preferências do titular são vinculantes na interação entre autor e vítima<sup>524</sup>. Estabelecer fins não significa manifestação de meros desejos, mas sim que estes sejam expressos de modo vinculante na relação econômica. Quando o titular do patrimônio ocupa uma posição em uma relação econômica padrão, assume com isso os fins inerentes a essa última (de comprador, de vendedor, de consumidor, ou mesmo de doador)<sup>525</sup>. Isso já caracteriza uma personalização do patrimônio: *personalização em primeiro grau*<sup>526</sup>.

---

<sup>521</sup> GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Op.cit.*pp.248 e 255.

<sup>522</sup> Cf. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Op.cit.*p.534.

<sup>523</sup> GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Op.cit.*p.250.

<sup>524</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* p.79. ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.127-128.

<sup>525</sup> “[S]e A e B acordam na compra e venda de uma casa, entende-se que a função do objeto é a habitação, exceto se expressamente convencionado em contrário pelas partes (por exemplo, para eventos)”. GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Op.cit.*p.250.

<sup>526</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.82-83.



As exposições das concepções pessoais de patrimônio concordam com o ponto de ser impossível determinar o dano objetivamente, precisamente porque é necessário considerar os critérios de valoração pessoal, decorrentes da configuração da interação. Assim, Gladys Romero, por exemplo, afirma que se deve levar em conta a posição da parte no negócio, de modo que o juízo de valoração do dano pode variar a depender de ser a parte um fabricante ou um consumidor. Entretanto, Romero parece reconhecer um limite objetivo de valoração pessoal do prejuízo ao estabelecer que a determinação do dano será feita a partir de um critério individual, desde a perspectiva do afetado, limitando-se, porém, tal valoração com base no critério objetivo da racionalidade econômica<sup>527</sup>.

Contudo, restrições dessa natureza não devem ser reconhecidas. Mais coerente, com efeito, será reconhecer limitações procedimentais, relacionadas à forma como se dá a interação econômica. Dessa maneira, os agentes podem reconfigurar (desestandarizar) a relação, introduzindo como vinculantes fins que não estavam adscritos à posição que inicialmente ocupavam na relação econômica padrão. Configurar-se-ia, assim, uma *personalização em segundo grau*. Essa faculdade de despadronização é legítima porque o único limite do patrimônio como liberdade é o direito e porque o mercado tem sua razão de ser na satisfação das necessidades dos operadores econômicos<sup>528</sup>. Esclareça-se: a personalização de segundo grau exige que os fins pessoais sejam expressos de modo vinculante no contexto de interação. Dessa forma, a admissão da personalização de segundo grau não prejudica o caráter de norma de orientação que deve ter o tipo do estelionato, já que se evita o subjetivismo<sup>529</sup>.

### **3.9.4 Aproximação ao conceito de prejuízo**

O conceito pessoal de patrimônio, como já foi apontado, supera a necessidade de verificação de um prejuízo contabilmente aferível, passando a dar prioridade à ideia de vinculação entre indivíduo e seu patrimônio, tendo este um caráter instrumental na medida

---

<sup>527</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.* pp.252-253.

<sup>528</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.82-83. Ver também: BOCKELMANN, Paul. *Op.cit.* p.464.

<sup>529</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación*. *Op.cit.* pp.83-84.

em que serve às satisfações das necessidades do titular. O prejuízo, em síntese, seria o menoscabo da potência econômica do titular do patrimônio<sup>530</sup>. Logo, configura-se dano patrimonial não apenas com a perda não compensável de um bem patrimonial concreto ou com a diminuição da soma de bens patrimoniais, mas também nos casos em que se liga o patrimônio a finalidades que não correspondem com a vontade do titular, ou quando tais finalidades não são observadas<sup>531</sup>.

Parte da doutrina, entretanto, entende que as ideias de “menoscabo de utilidade”, ou de “lesão do potencial econômico para a satisfação ou desenvolvimento de fins individuais” seriam muito genéricas e, portanto, insuficientes para resolução de casos concretos<sup>532</sup>. Assim, são propostas sistematizações diversas para guiar a atividade jurisdicional na prática<sup>533</sup>. Todavia, tais sistematizações nada mais são do que a concretização das concepções de personalização de primeiro e de segundo grau do patrimônio. De fato, Gallego Soler admite que a resolução do caso não pode ignorar o tipo de relação existente entre as partes do negócio sendo possível diferenciar as relações anônimas das relações em que intervêm elementos interpessoais, visto que, nas últimas, os conhecimentos particulares dos sujeitos podem modificar o sentido do negócio<sup>534</sup>.

As propostas para a concreção dos critérios de resolução de casos concordam com a necessidade de se verificar o tipo de negócio realizado. Com efeito, costuma-se analisar em separado os casos de prestações unilaterais (ou negócios tipicamente não econômicos) e de prestações bilaterais (ou negócios tipicamente econômicos), distinguindo-se, dentro desta última categoria, as (I) transações conformadas sobre prestações de falsa equivalência econômica, com ocultação do menor valor objetivo de mercado da contraprestação, e as (II) transações com prestações objetivamente equivalentes, com ocultação da ausência de utilidade ou impossibilidade de obtenção do fim pretendido pelo disponente.

Na terminologia de Gallego Soler, os negócios com sentido tipicamente não econômico são aqueles que não se pautam por critérios de satisfação de necessidades. Seria

---

<sup>530</sup> OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. Besonderer Teil. Die einzelnen Delikte. Berlin: De Gruyter, 2011, p.155.

<sup>531</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Op.cit.*pp.533-534.

<sup>532</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.402.

<sup>533</sup> Cf. GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.402 e ss. ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.133 e ss.

<sup>534</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.403-404.

o caso de prestações unilaterais, como as doações, nas quais o prejuízo não pode ser visto como redução material do patrimônio, mas sim como a frustração da finalidade pretendida com a disposição patrimonial<sup>535</sup>. Efetivamente, se, por um lado, aspectos subjetivos da vítima são insuficientes para se afirmar o prejuízo típico, por outro, não se pode negar a relevância dessa subjetividade para o reconhecimento do dano patrimonial<sup>536</sup>. Com efeito, disposições patrimoniais sem qualquer sentido desde uma perspectiva de racionalidade econômica podem servir às finalidades do disponente. Dessa forma, como exemplifica Asua Batarrita, a doação ou a entrega para destruição de valores patrimoniais por razões religiosas, posto que não se possa reconhecer um caráter econômico, são disposições patrimoniais legítimas. Contudo, ainda segundo a autora, estas mesmas disposições patrimoniais sem sentido econômico poderiam, em tese, configurar um prejuízo se houver frustração da finalidade. Assim, por exemplo, se a entrega de bens para incineração for motivada por um desejo de purificação espiritual, haveria prejuízo no caso de apropriação dos objetos de valor por parte do líder religioso<sup>537</sup>.

Ainda segundo Gallego, também seriam negócios com sentido tipicamente não econômico os negócios beneficentes, como a compra de um bem com a finalidade de contribuir para uma causa, ou para auxiliar alguém<sup>538</sup>. Esta classificação do autor deixa evidente como os critérios de resolução de casos não apenas são concreções das ideias de personalização em primeiro e segundo grau do patrimônio, mas também que a personalização é o conceito central para a resolução de casos. Com efeito, imagine-se o caso proposto por Jordan: A, decidido a praticar uma boa ação, vai até uma oficina onde são vendidos produtos fabricados por pessoas com algum tipo de necessidade especial. Entretanto, tendo em vista que os itens eram comercializados pelo preço de mercado, A não

---

<sup>535</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.406-407.

<sup>536</sup> Nesse sentido, seria razoável, portanto, afirmar que a mera opinião da vítima, embora não seja elemento suficiente para determinar a configuração do prejuízo patrimonial, possa ser, em regra, suficiente para negar a existência de dano. Com efeito, sendo o patrimônio a potência econômica do sujeito, deve haver alguma margem para que o indivíduo, ainda que perspectivas objetivas indiquem o contrário, não reconheça sua própria disposição patrimonial como prejudicial. Neste sentido, a Lei 13.964/19, por via processual e com ressalvas, reconhece a importância da perspectiva da vítima para efeitos de estelionato. De fato, a lei passa a requerer, como regra, representação da vítima para a persecução penal. Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. Alterações no delito de estelionato. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; BRUNI, Aline Thaís; AMARAL, Cláudio do Prado; SAAD-DINIZ, Eduardo; MORAIS, Hermes Duarte. *Pacote Anticrime*. Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Almedina, 2020, pp.29 e ss. Tal exigência parece ser a consagração do momento subjetivo do prejuízo.

<sup>537</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*p.153.

<sup>538</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*p.407.

imagina que, na verdade, adquire produtos defeituosos. Em outras palavras, sua boa ação se resumia a comprar os bens do local, não em comprar algo com defeito pelo preço de mercado de um produto perfeito<sup>539</sup>. A resolução deste caso não depende apenas da natureza do negócio, mas sim de como se deu a interação e de quais as finalidades estabelecidas na transação.

Seguindo a sistematização proposta por Gallego Soler, tem-se os chamados negócios mistos, caracterizados pela presença de elementos econômicos e não econômicos na transação, nos quais as preferências das partes integram o negócio. Seriam os casos, por exemplo, de compra de alimentos com características relevantes para o consumidor (*kosher*, *halal* ou vegano, por exemplo); da aquisição de produtos anunciados como de “produção justa” (sem a exploração de trabalho infantil, por exemplo)<sup>540</sup>. Nesse sentido, é fundamental verificar o sentido do negócio no caso concreto. Assim, citando o exemplo trazido pelo autor, quem compra um livro não pretende ter um bem de determinado valor, mas sim ler uma obra de determinada pessoa, ou sobre determinado tema. Se o comprador quer comprar um livro sobre um tema específico, desde que seja de um preço razoável, o elemento principal dessa disposição seria o aspecto econômico. Diferentemente, se o comprador objetiva comprar um livro concreto (edição ou tradução específica), ou sobre um tema determinado, ou de determinado autor, este elemento não econômico é o que confere sentido ao negócio. Sua frustração configuraria prejuízo<sup>541</sup>.

Por fim, os negócios com sentido tipicamente econômico são aqueles que tem como razão de ser a satisfação de necessidades de consumo. Para estes casos, a doutrina aponta a relevância do critério contábil para aferição do patrimônio. Com efeito, no âmbito das atividades essencialmente econômicas, o critério que intersubjetivamente guia o sentido do negócio é o de satisfação de necessidades econômicas, o que se pode valorar em termos objetivos de mercado. O auxílio da valoração econômica, contudo, não torna irrelevante a eventual frustração de finalidades ou utilidades, à margem dos critérios tipicamente econômicos, desde que determinadas intersubjetivamente<sup>542</sup>. De fato, repita-se, o juízo acerca da frustração da finalidade não pode ficar inteiramente a cargo da vítima, pois, neste

---

<sup>539</sup> Cf. JORDAN, Adolf-Dietrich. *Op.cit.* p.135.

<sup>540</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Op.cit.*pp.407-408.

<sup>541</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Op.cit.*pp.413-414.

<sup>542</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Op.cit.*pp.404-405.

caso, haveria possibilidade de que a não observância de um capricho não declarado de quem realiza a disposição patrimonial configurasse um prejuízo típico. Toma-se aqui, para fins de ilustração, uma adaptação de um caso discutido por Pedrazzi<sup>543</sup>: Ticio, proprietário de uma casa, decide alugar o imóvel, tendo, contudo, a reserva mental de não ter como inquilino, sob hipótese alguma, adeptos de determinada corrente política; entretanto, por erro, acaba alugando o imóvel a alguém com convicções políticas incompatíveis com as suas próprias. Neste caso, não se pode reconhecer a frustração de finalidades para efeitos de perfazimento de prejuízo típico do estelionato, pois a finalidade da disposição não estava intersubjetivamente definida. Tratava-se, com efeito, de uma relação comercial padronizada (locação de imóvel). Dessa forma, as partes devem apenas observar os fins inerentes à interação econômica. Em outras palavras, espera-se que as partes observem os deveres do negócio, sendo irrelevante a frustração de uma finalidade não declarada (no caso, a reserva mental de não alugar para alguém com uma específica orientação política).

No âmbito dos negócios com sentido tipicamente econômico, podem-se distinguir duas categorias: (I) negócios em que há prestações de falsa equivalência econômica, e os (II) negócios com prestações objetivamente equivalentes, com frustração de finalidades. Na primeira hipótese, a redução da possibilidade de dedicar a diferença econômica indevida à satisfação de outras necessidades permitiria afirmar o resultado típico, de acordo com as premissas pessoais do patrimônio. Nos casos de equivalência econômica entre prestação e contraprestação, de acordo com Asua Batarrita, a valoração do dano deve ser realizada em dois passos. Primeiramente, deve-se verificar a frustração do fim expresso na destinação de um valor patrimonial. Se o bem adquirido não for idôneo para consecução da finalidade, a operação econômica seria falha desde a perspectiva da satisfação de necessidades ou de organização dos próprios bens. Em um segundo momento, devem ser examinadas as possibilidades que a contraprestação oferece de ser substituída ou transformada, para a obtenção mediata da finalidade inicialmente perseguida. Sendo facilmente sanado o problema – como seria o caso de possibilidade de devolução do bem –, não há que se falar em prejuízo. Por outro lado, não sendo possível a transformação ou substituição, ou se estas

---

<sup>543</sup> Cf. PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*p.22.

somente puderem ocorrer mediante o recebimento de um bem de menor valor, ou, ainda, se somente for possível uma devolução parcial, então, poder-se-á afirmar o prejuízo típico<sup>544</sup>.

### 3.9.5 Dois grupos de casos

Um primeiro grupo de casos a causar polêmicas doutrinárias são os que envolvem passageiros ou usuários clandestinos. Trata-se aqui apenas da utilização fraudulenta de algum tipo de serviço coletivo, furtando-se o agente de pagar o preço devido estabelecido nas tarifas aplicáveis<sup>545</sup>. Não são discutidos, esclareça-se, os casos de fraude para conseguir uma prestação de serviço individual<sup>546</sup>. Ilustrativamente, pode-se dizer que será discutida neste momento a conduta de quem usa a fraude para ser transportado por um ônibus, não por um táxi.

Não há unanimidade acerca de qual o tratamento correto dos casos de passageiro ou usuário clandestino. De acordo com Bajo Fernández, a posição dominante nega a configuração do delito de estelionato, pois (I) o agente, salvo nos casos em que engana quem inspeciona, apresentando, por exemplo, bilhete falso, não transmite informação inverídica, isto é, não engana, ou (II) não produz prejuízo algum<sup>547</sup>. Segundo Bajo, pode-se afirmar o estelionato nos casos em que o agente provoca a crença errônea de ter direito ao uso do

---

<sup>544</sup> ASUA BATARRITA, Adela. *Op.cit.*pp.133-135. Em sentido semelhante, Dopico Gómez-Aller afirma que, em razão do princípio da subsidiariedade penal, a conduta enganosa deverá ultrapassar o “umbral de gravidade típica”. Um dos critérios para verificar a gravidade da conduta em relação a este umbral seria a avaliação de características qualitativas (e não meramente quantitativas) do prejuízo. Dessa forma, concessão de amplas garantias de devolução em caso de insatisfação do comprador, por exemplo, indicariam uma “menor gravidade objetiva” da conduta, o que implica a não imposição de sanção penal. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Estafa y dolo civil. *Op.cit.*pp.26-28. Ver também: HEFENDEHL, Roland. Vermögensgefährdung und Expektanzen als Prüfsteine eines normativ-ökonomischen Vermögensbegriffs. *Op.cit.*p.190.

<sup>545</sup> Cf. RIVES SEVA, Antonio Pablo. La estafa de polizonaje. Estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia. *Actualidad Penal*. nº 4, 1994, pp.265-267. Para uma visão mais ampla da questão do passageiro clandestino, ultrapassando os limites da perspectiva patrimonial, ver: MAPELLI, Enrique. El uso ilícito del transporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 38, 1985, especialmente pp.64-65; acerca da fraude patrimonial, defendendo a aplicação de sanções penais, dentre outros motivos, para inibir comportamentos fraudulentos, pp.83-85.

<sup>546</sup> Cf. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Estafa y dolo civil. *Op.cit.*p.14.

<sup>547</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.94.

serviço (viagem, entrada em espetáculos etc.). Por outro lado, não havendo erro, em vista do aproveitamento clandestino da prestação, não haveria estelionato<sup>548</sup>.

Gladys Romero posiciona-se entre quem entende que a questão do passageiro ou usuário clandestino deve ser tratada no âmbito do estudo do erro no estelionato. Fundamenta suas conclusões nas lições de Frank. Segundo o autor, o erro significa uma representação da realidade que não corresponda à verdade. Contudo, segue o autor, é necessária uma falsa representação positiva, visto que a ausência de qualquer representação, bem como a mera ignorância não configurariam erro<sup>549</sup>. Assim, exemplifica a autora, se um passageiro entra clandestinamente em um trem, o juízo formulado pelo inspetor de que está tudo em ordem será falso, porém, não motivado por erro, e sim por mera ignorância de um fato<sup>550</sup>. Seria possível elaborar um entendimento contrário, segundo o qual o inspetor, crendo que tudo está em ordem (isto é, todos os passageiros viajam com bilhete), está em erro, tendo uma falsa representação da realidade, precisamente por causa da conduta do passageiro clandestino. Romero reafirma seu entendimento no sentido de que posições deste tipo confundem o erro com a ignorância fática: o inspetor simplesmente desconhece uma circunstância, o que seria diferente de ter uma representação falsa sobre uma circunstância fática<sup>551</sup>. Idêntica solução seria aplicável, segundo a autora, ao caso de quem entra em um espetáculo sem ter pagado a entrada, aproveitando-se da distração de quem controla os ingressos. Por outro lado, nesse ponto aproximando-se do pensamento de Bajo Fernández, a autora reconhece o estelionato se o sujeito engana quem controla as entradas no evento fazendo crer que tem ingresso legítimo, por exemplo, por meio de exibição de bilhete falso<sup>552</sup>.

Donna e De la Fuente afirmam que há dois inconvenientes para o reconhecimento do estelionato na situação analisada. O primeiro obstáculo, contornável, seria a questão da (in)existência do erro. Segundo os autores, deve-se diferenciar, a exemplo do que propõem Romero e Bajo, os casos em que há erro dos casos em que há mera ignorância acerca da

---

<sup>548</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.95.

<sup>549</sup> FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 2.ed. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1901, p.342.

<sup>550</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.167.

<sup>551</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*pp.168-169.

<sup>552</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.170. No mesmo sentido: ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*pp.93-94.

presença do passageiro clandestino. O segundo inconveniente, entretanto, seria insuperável: não haveria estelionato, porque a disposição patrimonial não seria consequência do engano, haja vista que o serviço seria prestado de qualquer forma, independentemente da conduta do autor<sup>553</sup>. Não obstante, como bem aponta Dopico Gómez-Aller, embora, em regra, possa-se imaginar que a disposição patrimonial se dá independentemente da conduta fraudulenta (o meio de transporte inicia a viagem, com ou sem o passageiro clandestino, sendo irrelevante o acréscimo no consumo de combustível), há casos em que quem ingressa no transporte por meio de fraude toma o lugar de um passageiro pagante<sup>554</sup>.

Em síntese, e em consonância com o método proposto neste trabalho, para se afirmar a existência de um estelionato deve-se verificar, antes de tudo, o prejuízo patrimonial. Havendo prejuízo, ainda que na forma de lucro cessante, como seria o caso de um passageiro ou usuário que impede o acesso de um pagante legítimo, devem ser verificados os outros elementos do tipo. Contudo, se não houver prejuízo, não haverá estelionato. Dessa forma, entrar clandestinamente em um meio de transporte coletivo sem impedir o ingresso de qualquer pessoa, ou entrar em espetáculo sem impossibilitar a entrada de qualquer pagante seriam condutas que não causam prejuízo patrimonial. E, por essa razão, não configuram estelionato. E, importante deixar claro, sendo o estelionato um crime patrimonial, não haverá este delito independentemente da existência de engano. Com efeito, entrar clandestinamente ou usar de um bilhete falso para entrar em um espetáculo não lotado (isto é, evento em que o agente não impedirá o acesso de um pagante) são condutas que não causam prejuízo patrimonial. A diferença é que, no segundo caso, pune-se a falsidade. Analogamente, também não há estelionato no uso de documento falso para conseguir algum tipo de vantagem parcial, por exemplo, usar uma falsa identificação de estudante para pagar metade do valor de entrada no cinema. Efetivamente, neste caso só haveria prejuízo na forma de lucro cessante se o agente que engana tomasse o lugar de algum pagante legítimo, pois, do contrário, não haveria sequer este tipo de prejuízo, visto que a compra (fraudulenta), em termos econômicos, representa um ganho para o cinema em relação a uma não venda de ingresso.

---

<sup>553</sup> DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. *Op.cit.*pp.66-67. No mesmo sentido: ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.280.

<sup>554</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Estafa y dolo civil*. *Op.cit.*pp.13-14.



Em segundo lugar, é necessário discutir o caso do chamado estelionato de uso. Estas hipóteses não causam tanta divergência doutrinária. De fato, muitos autores sequer a mencionam. Contudo, o estelionato de uso é uma hipótese importante para evidenciar que o conceito pessoal de patrimônio não converte o estelionato em um delito contra a liberdade de disposição. Com efeito, como bem aponta Zugaldía Espinar, as dificuldades da questão não surgem do fato de o estelionato ser apenas de uso, mas dos contornos do conceito de prejuízo<sup>555</sup>.

O estelionato de uso caracteriza-se pela fraude para posse temporária de um bem. Conseqüentemente, existe desde o início do ato a intenção real de restituir o objeto, o que, de fato, ocorre. Entretanto, há fraude sobre alguma circunstância que induz o sujeito passivo a renunciar temporariamente à posse. Segundo Pedrazzi, seriam os casos de obtenção de posse sob falso pretexto, ou por meio de contrapartida ilusória. Assim, exemplifica o autor: A, com intenção de restituir o bem, aluga o veículo de B, utilizando dinheiro falso. Segundo o autor, o dano patrimonial consiste no fato de B enfrentar um risco maior do que estaria disposto a assumir<sup>556</sup>.

O prejuízo refere-se ao tempo da conduta, não se desnaturalizando com a reintegração total ou parcial efetuada posteriormente<sup>557</sup>. Contudo, não há uma resposta única para todas as hipóteses de estelionato de uso. Com efeito, imagine-se o seguinte caso: A aluga bicicleta de B; devolve-a em perfeita condição, mas não paga o aluguel previamente combinado, ou paga com alguma prestação ilusória. Nesta situação, deve-se reconhecer o prejuízo, na forma de lucro cessante, pois, embora tenha havido restituição do bem, B fez uma disposição patrimonial (temporária, é verdade) em um negócio bilateral, o qual não trouxe qualquer proveito econômico para o proprietário da bicicleta<sup>558</sup>.

Diferente seria a resposta para as hipóteses em que não há um prejuízo. Toma-se aqui uma variação do exemplo anterior: A, sabendo que B somente emprestaria sua bicicleta em uma situação de extrema necessidade, simula alguma emergência para que A lhe empreste o

---

<sup>555</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*p.113.

<sup>556</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*p.91.

<sup>557</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*pp.108-109. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa. Op.cit.*p.226. Ver também: CERESO MIR, José. La estafa procesal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 19, 1966, p.194.

<sup>558</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op.cit.*pp.112-113.

meio de transporte. Neste caso, a bicicleta é emprestada para finalidade diversa da acordada. Há, portanto, uma frustração da finalidade de disposição. Todavia, esta mera frustração não é suficiente para configurar o estelionato, pois este não se perfaz com a violação da liberdade de disposição. Não há, de fato, qualquer prejuízo no caso narrado, visto que a base material da qual deriva a potência econômica do sujeito não é, de forma alguma, alterada. A mesma conclusão vale para a variação em que A fornece falsa caução para B. Em que pese o aspecto econômico e bilateral deste empréstimo, há apenas uma exposição maior ao risco de um elemento patrimonial, o que não configura o dano<sup>559</sup>.

Quanto ao risco como prejuízo patrimonial, Gallego Soler, partindo da concepção pessoal de patrimônio, afirma que o conteúdo material do prejuízo é o menoscabo relevante do potencial de desenvolvimento da personalidade no âmbito econômico, em termos de valoração intersubjetiva. Assim, o autor considera possível conceber a concreta colocação em perigo do patrimônio como um caso específico de prejuízo patrimonial. Dessa forma, na hipótese em que o sujeito ativo compromete-se a efetuar alguma prestação negocial futura, já existiria um prejuízo patrimonial típico, consistente precisamente na redução das potencialidades econômicas do credor. Este prejuízo, ainda segundo Gallego Soler, seria de “entidade diferente” em relação ao prejuízo propriamente dito. Apesar desta diferença qualitativa, este prejuízo pode agravar-se, isto é, concretizar-se, no futuro<sup>560</sup>. Embora seja verdade que o comprometimento patrimonial já constitua uma redução da potência econômica do sujeito, também é verdade que essa restrição é consentida (mediante engano, é certo) pelo disponente. Apesar da existência da fraude para a realização do negócio, é ainda possível que o “autor” cumpra os termos pactuados, adimplindo sua obrigação contratual. Reconhecer o prejuízo em situações como a narrada por Gallego Soler seria antecipar a punição do estelionato para o mero engano, visto que ainda há possibilidade de não haver efetivamente dano patrimonial. Efetivamente, a situação descrita pode ser compreendida como uma desistência voluntária<sup>561</sup>. Consequentemente, nos termos do artigo 15 do Código Penal brasileiro, o agente responderia apenas pelos atos já praticados; todavia, o ato

---

<sup>559</sup> Nesse sentido, ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.296. Ver também: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.232 e ss.

<sup>560</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.487-489.

<sup>561</sup> Nesse ponto, vale apontar a lição de Frisch: “Quien se aparta así de su propio cuestionamiento del Derecho y regresa a la senda del mismo, revoca con ello idealmente ese cuestionamiento y convierte en superfluo un rechazo expreso estatal a través de la condena reprobadora y la pena”. FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*. n.3, 2014, p.25.

praticado seria apenas a conduta enganosa, o que, como já foi dito, não seria punida por si mesma.

Em sentido semelhante, partindo, contudo, da perspectiva oposta, isto é, do engano para que alguém assuma uma obrigação, Valle Muñiz exemplifica: se A, enganado, obriga-se a entregar ao cabo de dez dias uma soma em dinheiro, pode-se dizer que seu patrimônio atual não se encontra na mesma situação de antes de assumir a obrigação; contudo, esta diferença entre as situações anterior e posterior não se deve à lesão, mas sim à ameaça de materialização desta lesão dentro de dez dias. O efetivo prejuízo dependerá da execução da obrigação. Nesses dez dias é possível que haja alguma medida jurídica que impeça o efetivo prejuízo típico. Nesse caso, segundo Valle Muñiz, haveria apenas tentativa de estelionato<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Op.cit.p.235.

## CAPÍTULO IV: O ERRO E O ENGANO TÍPICOS

Este trabalho opta por estudar em um mesmo capítulo os elementos erro e engano. Tal opção decorre da relação muito próxima entre tais componentes do estelionato. Com efeito, afirma-se que o engano típico é aquele suficiente para causar erro<sup>563</sup>, ou, então, que o erro é o elo entre todos os componentes do delito, visto que seria consequência do engano e causa da disposição patrimonial prejudicial<sup>564</sup>. De fato, o próprio conceito de engano perde seu sentido se desvinculado de seu efeito (erro), pois está construído ao menos sobre a possibilidade de interação com outro que pode reagir frente ao conteúdo comunicativo da conduta. Assim, quando se aceita como resultado relevante da conduta o que é totalmente independente da reação do destinatário desta conduta a dito conteúdo comunicativo, seu possível caráter enganoso se torna supérfluo. Como aponta Hernández Basualto, não é um lastro naturalista que causa dúvidas acerca da existência de engano quando com um cartão e senha alheios se usa indevidamente um caixa automático; deve-se simplesmente à carência de sentido da qualificação, pela ausência de um sujeito capaz de reagir ao conteúdo comunicativo da própria conduta. Enganar o caixa eletrônico equivale a enganar o elevador, descendo em andar diverso do destino indicado. Sem dúvidas, tais situações podem ter relevância penal, como seria o caso do uso da gazuza para abrir um armário alheio e subtrair o conteúdo, visto que a elas se podem conectar consequências patrimoniais, mas não haverá sentido em se falar em engano<sup>565</sup>. Além disso, como observa Frisch, uma compreensão normativa de engano teria consequências para uma correta compreensão do erro. E, ademais, o estudo do elemento “erro” se faz necessário para um correto delineamento do conceito normativo de engano. De fato, ainda segundo Frisch, as dificuldades em que se encontra travada a tradicional teoria psicológica do erro no estelionato podem ser resolvidas por meio

---

<sup>563</sup> Cf. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.69. Nesse sentido, Gómez Benítez afirma: “En efecto, la función del ‘error’ en el tipo es restringir las conductas típicas de estafa, es decir, delimitar restrictivamente las acciones prohibidas como atentatorias contra el bien jurídico protegido. Su función es [...] colaborar con el principio de subsidiariedad, es decir, delimitar concretamente cuando existe ‘necesidad de protección’ penal del bien jurídico”. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Op.cit.*p.339.

<sup>564</sup> DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. *Op.cit.*p.64. Nesse sentido, Valle Muñiz afirma que “el papel que juega el error dentro del tipo de estafa es doble. De una parte, no sólo debe de ser consecuencia de un engaño, sino que la caracterización típica de éste va a depender de su capacidad para producir error. Pero es que, además, el error debe de motivar la disposición patrimonial perjudicial”. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa. Op.cit.*p.189 (grifos no original).

<sup>565</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. *Doctrina y Jurisprudencia penal.* n.1, 2010, pp.37-38. Nesse sentido: FUCHS, Helmut; REINDL-KRAUSKOPF, Susanne. *Strafrecht.* Besonderer Teil I. 3.ed. Wien: Springer, 2009, p.152. ver também: ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.94.

de uma compreensão normativa do erro. Por isso, é razoável não começar estas considerações diretamente com a reflexão normativa acerca do engano, mas sim atender às dificuldades da compreensão tradicional do erro e as possíveis vias normativas de solução<sup>566</sup>.

#### 4.1 Erro

Tema de enorme relevância e discussão na dogmática penal é o erro<sup>567</sup>. Contudo, os estudos focam quase exclusivamente no erro sob a perspectiva do autor do delito<sup>568</sup>. Com efeito, afirma-se que, para um direito penal fundado na culpabilidade, é essencial levar em conta se o agente sabe o que faz ou se tem consciência da ilicitude de sua conduta, visto que a desconformidade entre consciência e realidade pode viciar o processo formativo e, conseqüentemente, a manifestação da vontade<sup>569</sup>. Não obstante a importância da discussão, o estudo dos elementos do estelionato requer que o erro seja considerado a partir da perspectiva do sujeito passivo.

Estudar o erro como requisito do estelionato, segundo Pedrazzi, significa propriamente estudar o elemento psicológico do ato de disposição patrimonial<sup>570</sup>. Essa concepção psicológica do erro conduz à compreensão desse elemento do tipo como uma falsa representação da realidade<sup>571</sup>. A concepção psicológica, entretanto, traz consigo dificuldades de aplicação no tratamento de determinados grupos de casos de grande relevância prática, notadamente: (I) situações de total ausência de representação (*ignorantia*

---

<sup>566</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. Acerca del llamado derecho a la verdad. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n.5, 2011, p.781.

<sup>567</sup> Ilustrativamente, MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINDHÄUSER, Urs; GRÜNWARD, Gerald; PAEFFGEN, Hans Ullrich. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991.

<sup>568</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.185.

<sup>569</sup> MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*. Lições fundamentais. Parte geral. 6.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p.815. Acerca da culpabilidade como falha pessoal que lesiona o sentido da justiça de um modo que causa indignação, ver: KINDHÄUSER, Urs. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: BdeF, 2011, especialmente pp.14-15.

<sup>570</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*pp.109-110.

<sup>571</sup> ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.91. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.46. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.189. No Brasil, ilustrativamente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 3. *Op.cit.*p.288.

*facti*); (II) hipóteses em que há dúvidas mais ou menos intensas sobre a veracidade das afirmações<sup>572</sup>.

#### 4.1.1 A problemática do erro como ignorância

Uma questão já bastante discutida acerca do erro no estelionato é saber se é necessária uma positiva falsa representação da realidade, isto é, considerar equivocadamente uma circunstância que, de fato, não existe, ou se, como ocorre com o erro a partir da perspectiva do autor do delito<sup>573</sup>, o mero desconhecimento pode, para fins de estelionato, configurar o erro da vítima. Em outras palavras, indaga-se se há equivalência entre a representação equivocada da realidade e a ausência de qualquer representação<sup>574</sup>.

Deve-se reconhecer que as possibilidades de enganar a vítima não se limitam à produção de representações positivas errôneas. Também é possível enganar as pessoas e conduzi-las a realizar certas condutas apenas mantendo-as em uma situação de desconhecimento acerca de certos fatos – isto é, sem gerar efetivamente uma concreta representação errônea –, por exemplo, ocultando certas informações<sup>575</sup>. Assim, há quem reconheça certa eficácia causal para a mera ignorância. Nesse sentido, Zitelmann entende que a ausência de uma representação pode ser motivo de um ato de vontade quando a presença de tal representação teria eliminado a efetividade dos motivos que provocaram o referido ato<sup>576</sup>. Pedrazzi exemplifica em que sentido a ausência de representação pode ser a causa da conduta da seguinte forma: Tício está sentado tranquilamente em um café *porque* ignora que sua casa está pegando fogo<sup>577</sup>.

---

<sup>572</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. *Op.cit.*pp.29-30. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.782 e ss.

<sup>573</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.782, nota 10.

<sup>574</sup> Cf. PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*pp.114-115.

<sup>575</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.782.

<sup>576</sup> ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1879, pp.336-337.

<sup>577</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*p.116.

Esta concepção de *conditio sine qua non* do erro, no sentido de que, na verdade, a ignorância é a representação de que a circunstância desconhecida não existe, de que “está tudo em ordem”, de que, para retomar o exemplo do parágrafo anterior, a casa não está em chamas, tornam muito fluidas as fronteiras entre o erro genérico e a ignorância específica. Pedrazzi, nesse sentido, propõe uma distinção: a ausência de representação pode ser causa de uma decisão, mas não é motivo desta; motivo é o impulso consciente e calculado<sup>578</sup>.

Muitos autores entendem que o erro, para fins de estelionato, deve ser compreendido como uma positiva representação falsa da realidade, sendo insuficiente a mera ignorância<sup>579</sup>. Como já indicado no capítulo anterior, o caso do passageiro clandestino é usado como exemplo da insuficiência da mera ignorância para configuração do erro na vítima. Nesse sentido, Valle Muñiz entende não ser fácil afirmar a provocação de um erro no vigia com a mera conduta de viajar clandestinamente. Com efeito, ou o vigia não faz qualquer representação acerca da presença do passageiro, e, então, não haveria erro (pois não haveria uma falsa representação da realidade, visto que não haveria qualquer representação da realidade), ou o vigia presume que “tudo está em ordem”, e, neste caso, a conduta do passageiro não faz variar a representação do vigilante<sup>580</sup>. Entretanto, argumenta-se, a função do vigia deve ser fundada na desconfiança, tendo em vista que, se a ideia de que “tudo está em ordem” for pressuposta, a própria função de conferir os bilhetes seria desnecessária. Desta forma, ainda quando se admita que a ideia do revisor era errônea, deve-se reconhecer que esta qualidade é decorrência da confiança ou da negligência no cumprimento dos deveres de vigilância. Logo, a conduta do passageiro clandestino seria objeto da ignorância do funcionário, mas não sua causa<sup>581</sup>.

Frisch reconhece a relevância do argumento segundo o qual uma compreensão do erro como mero desconhecimento resultaria em uma grande extensão da norma penal. É certo, contudo, prossegue o autor, que esse argumento não é decisivo. O verdadeiro déficit

---

<sup>578</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.* pp.117-119.

<sup>579</sup> Cf. com amplas referências: MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte*. 2.ed. Berlin: Springer, 2003, p.452. BOCK, Dennis. *Strafrecht. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte*. Berlin: Springer, 2018, p.305. Em sentido contrário, Hungria definia erro como “falsa ou nenhuma representação da realidade concreta”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. vol. VII. *Op.cit.* p.204.

<sup>580</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.* pp.194-195.

<sup>581</sup> ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.* p.93. VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.* p.195. ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.* p.170. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.* p.170.

da definição de erro como desconhecimento de fatos reside em que se trata de uma definição incompleta, haja vista que não é qualquer desconhecimento que dará ensejo a uma tutela penal. E este aspecto, do ponto de vista normativo, é decisivo, pois deixa o conceito de erro aberto e indefinido. Todavia, a definição de erro como positiva representação falsa da realidade apresenta déficits equivalentes, embora não tão evidentes. Não é qualquer representação errônea, meramente colateral, capaz de ensejar a tutela penal: a representação positiva errônea deve ser a causa da disposição patrimonial por parte da vítima. Não é suficiente incorporar a causalidade da representação errônea em relação à disposição patrimonial ao conceito de erro. A causalidade (ou falta de causalidade) da representação errônea concernente à disposição não é outra coisa que não uma consequência naturalista de uma certa qualidade da representação errônea, que ou está presente (e então converte a representação errônea em um erro, tutelável penalmente), ou não está presente (e então não há tutela penal). Esta qualidade específica da representação errônea é insuficientemente descrita com a referência à sua idoneidade para ser causa de certos atos de disposição. Com efeito, a idoneidade de certas representações positivas para motivar a vítima a atos de disposição patrimonial decorre de que a representação errônea tenha determinado significado no âmbito vital da vítima, isto é, deve possuir um determinado significado normativo para a conduta da vítima, patrimonialmente relevante desde o ponto de vista social. Em síntese, Frisch afirma que tanto a descrição do erro como desconhecimento, quanto a descrição do erro como representação falsa positiva são incompletas: nem todo desconhecimento e nem toda falsa representação são suficientes para a configuração do erro da vítima de estelionato<sup>582</sup>.

Assim, prossegue Frisch, por um lado, a definição de erro como representação errônea positiva sobre fatos é incompleta e, logo, ampla em demasia. Contudo, em outros aspectos, a definição peca por ser muito estreita. Evidentemente, existem casos em que a pessoa que realiza a disposição patrimonial reflete sobre o que é relevante para si em um negócio, de modo que, com base em certas aparências e falsidades colocadas pelo autor, chega-se a uma representação errônea positiva. No entanto, nem sempre é assim que ocorre. Há negócios em que, enquanto o autor se comporta de determinada maneira, a vítima dispõe de seu patrimônio de forma mais ou menos automática, sem reflexão acerca de tais significações. Exemplo claro disso são os negócios massivos, com atos de disposição de

---

<sup>582</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.782-783.



rotina da vida diária, como os pagamentos (e recebimento de troco) em um restaurante. Nesses casos não se nega a ocorrência do estelionato por ausência de erro devido à falta de representação errônea positiva. Ao contrário, reduz-se a exigência de dita representação: diz-se que esta não deve ser a representação errônea sobre certos fatos concretos em particular, sendo suficiente a representação geral errônea de que “tudo está em ordem”, ao menos na medida em que esta representação se apoie em fatos concretos. Em outras palavras, não se exige que a vítima tenha refletido sobre o que não se verifica na realidade. Para a configuração do erro na vítima são admitidas como possíveis e suficientes as representações errôneas positivas em forma de mera co-consciência (do que não se verifica faticamente)<sup>583</sup>, considerada por parte da doutrina como “uma ficção jurisprudencial sem suporte empírico”<sup>584</sup>.

No entanto, o recurso a reducionismos psicológicos relativos à falsa representação positiva sobre fatos para salvar uma problemática concepção psicológico-naturalista de erro não se sustenta. Com efeito, a representação geral de que “tudo está em ordem” dificilmente seria o motivo decisivo para um ato de disposição patrimonial. Em geral, também quem não reflete sobre a existência de determinadas circunstâncias concretas pressupõe, em vista da natureza do negócio, certas condições relevantes para a transação. Por exemplo, quem compra um automóvel pressupõe que este esteja em boas condições e não precisará de reparos<sup>585</sup>. Por todas essas dificuldades, o autor propõe o esboço de uma concepção normativa de erro, a qual será apresentada após a discussão de uma outra problemática envolvendo a concepção tradicional de erro.

---

<sup>583</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.783.

<sup>584</sup> KUBICIEL, Michael. Abrechnungsbetrug und Normativierung des Betrugstatbestandes. Zugleich Besprechung von BGH 2 StR 109/14 – Urteil vom 12. Februar 2015. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.10, 2015, p.385. O conceito de co-consciência é demasiado complexo para ser tratado adequadamente em um trabalho sobre estelionato. Contudo, apenas para não deixar o conceito totalmente em aberto, pode-se delinear a ideia de co-consciência como a percepção comum de algo (coisa, circunstância ou experiência) por uma diversidade de pessoas. Sobre o conceito, ver: ANDERSON, Susan Leigh. Coconsciousness and numerical identity of the person. *Philosophical Studies*. vol.30, n.1, 1976. AYER, Alfred Jules. Privacy. In: *The concept of a person and other essays*. London: The Macmillan Press, 1973. DE VIGNEMONT, Frédérique. The co-consciousness hypothesis. *Phenomenology and the Cognitive Sciences*. vol.3, n.1, 2004. No que se refere ao estelionato, *grosso modo*, a co-consciência seria a percepção (falsa) de que, por exemplo, o negócio se realiza regularmente.

<sup>585</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.783-784.

#### 4.1.2 A problemática da configuração do erro em casos em que há dúvida por parte da vítima: a perspectiva vitimodogmática

É questionável se a situação de falta de convicção<sup>586</sup> – em que uma pessoa considera possível diferentes situações de fato, frequentemente contraditórias, isto é, quando não se pode fazer uma concreta representação da realidade – pode ser qualificada como uma representação positiva da realidade. Mas também não é claro se se pode qualificar como representação errônea quando a pessoa tenha percebido aquilo que é real e o tenha considerado apenas como possível<sup>587</sup>. Em outras palavras, questiona-se qual conteúdo psíquico na vítima se considera suficiente para entender configurado o elemento “erro”, e, em particular, se certo grau de dúvida acerca das afirmações do autor ainda pode ser incluído no conceito de erro sem desvirtuar sua natureza. A questão mais problemática não reside tanto em demonstrar que também quem duvida e, não obstante, acaba optando pela disposição patrimonial prejudicial está agindo em erro; mais problemática é a questão de determinar até qual grau de dúvida da vítima cabe seguir falando de erro<sup>588</sup>.

A ideia mais basilar de erro decorrente de engano é aquela situação em que a vítima tem como verdadeiro o que é afirmado falsamente pelo autor, produzindo-se, assim, uma contradição entre o conteúdo da representação e os fatos. Contudo, como aponta Serrano González de Murillo, não se pode exigir sempre uma completa segurança subjetiva por parte da vítima, visto que a certeza é impossível de se obter na maioria dos casos, e, além disso, a experiência geral indica que ninguém escapa sempre ao engano, razão pela qual a situação da vítima, por pouco que reflita sobre o negócio, será frequentemente de dúvida mais ou menos vaga, sendo a certeza uma condição bastante escassa<sup>589</sup>. O decisivo, para fins de estelionato, será averiguar se o enganado, apesar da dúvida, tenha sido motivado mediante engano a realizar a disposição patrimonial prejudicial. Com efeito, mesmo que o disponente tenha para si um fato (objetivamente inexistente) apenas como possível, este fato pode ser

---

<sup>586</sup> Usa-se a expressão “falta de convicção” no sentido de insuficiência não só objetiva, mas também subjetiva do juízo formulado pela vítima. Sobre os estágios de validade subjetiva dos juízos, em progressão da opinião ao saber, ver: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Fernando Costa Mattos. 4.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015, p.594.

<sup>587</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.784.

<sup>588</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Cuadernos de política criminal*. nº 50, 1993, pp.529-530.

<sup>589</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.530-531.

importante para a tomada de decisão. Também os juízos de mera probabilidade surtem efeitos na conduta se o incremento patrimonial em que se acredita se encontre ainda em uma relação racional com o risco assumido<sup>590</sup>.

Em resumo, na maioria das ocasiões, a vítima, diante dos fatos que o estelionatário apresenta, não adotará um convencimento firme, tendo para si apenas como possível a veracidade do que é afirmado. Seu grau de confiança ou desconfiança pode ir desde uma probabilidade de certeza na segurança até o extremo oposto: convencimento da irrealidade do que se tenta fazer crer. A doutrina se mostra de acordo em afirmar que também se equivoca, no sentido do tipo de estelionato, o disponente quando duvida. Mas não há unanimidade acerca de qual o grau de dúvida aceitável para ainda se poder falar em erro.

Com efeito, quando a vítima age com dúvidas, a doutrina aponta certa corresponsabilidade junto ao autor. Nesses casos, são apresentadas considerações normativas acerca da tipicidade do erro. Discute-se, sobre a base do princípio da subsidiariedade, a ideia de necessidade ou mesmo de merecimento de proteção penal da “vítima”<sup>591</sup>. Em outras palavras, os casos de dúvidas atraem a perspectiva vitimodogmática, segundo a qual a vítima não consiste em mera realidade sobre a qual se projeta o delito, sendo, ao contrário, alguém que pode contribuir para sua configuração.

Antes, porém, de prosseguir, faz-se necessário apresentar, ainda que de forma extremamente sucinta, os contornos do que se entende por vitimodogmática, para, na sequência, entender como juízos de caráter vitimodogmático poderiam influir na interpretação dos elementos típicos do estelionato.

A passagem da vingança privada, tida por alguns como a “Idade de ouro da vítima”<sup>592</sup>, para a pena estatal, sob o argumento de racionalização da resposta à infração causada pelo autor do delito<sup>593</sup>, coincide com um progressivo afastamento da vítima das

---

<sup>590</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Op.cit.*p.531.

<sup>591</sup> Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Op.cit.*pp.103-104. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Op.cit.*p.531. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.784. BOCK, Dennis. *Op.cit.*pp.317 e ss.

<sup>592</sup> Cf. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.*pp.19 e ss. Ver também: MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Op.cit.* pp.9 e ss.

<sup>593</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. *Op.cit.*p.165.

ciências criminais em geral<sup>594</sup>. Contudo, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, verifica-se um movimento de redescobrimto da vítima<sup>595</sup>, propondo-se uma tentativa de compreensão do delito a partir (também) da perspectiva da vítima, o que provocou impactos nas ciências penais<sup>596</sup>.

A nova valoração da vítima faz surgir a Vitimologia, cuja função, em síntese, seria reavaliar o papel da vítima em função de suas exigências e interesses<sup>597</sup>. Em termos político-criminais, esse “movimento vitimológico” ocasionou o recrudescimento das “políticas de exclusão”<sup>598</sup>, consistentes na oposição entre direitos das vítimas e dos delinquentes<sup>599</sup>, objetivando, tendo em vista a crescente identificação social com o papel de sujeito passivo<sup>600</sup>, uma tutela penal eficiente<sup>601</sup>, ainda que isso implicasse flexibilização de garantias<sup>602</sup>. Além disso, a perspectiva vitimológica traz novos questionamentos acerca das finalidades da pena<sup>603</sup>, bem como propicia a criação de instrumentos (processuais, notadamente) com a função de proporcionar uma maior satisfação à vítima do delito<sup>604</sup>.

---

<sup>594</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. 2.ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1978, p.23. HÖRNLE, Tatjana. Distribution of Punishment: The Role of a Victim’s Perspective. *Buffalo Criminal Law Review*. vol. 3, n. 1, 1999, p.183.

<sup>595</sup> HILLENKAMP, Thomas. *Op.cit.*pp.596-597.

<sup>596</sup> DEL TUFO, Valeria. *Profili critici della vittimo-domatica*. Comportamento della vittma e delitto di truffa. Napoli: Jovene Editore, 1990, pp. 2 e ss.

<sup>597</sup> Cf. FATTAH, Ezzat. Victimologie: tendances récentes. *Criminologie*. v. 13, 1980, p.6. DEL TUFO, Valeria. *Op.cit.*p.7.

<sup>598</sup> As expressões são de OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Op.cit.*pp.58 e 122.

<sup>599</sup> Cf. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Op.cit.*p.11. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. *op.cit.*pp.50 e ss.

<sup>600</sup> GLASSNER, Barry. *Op.cit. passim*. PASTANA, Débora Regina. *Op.cit. passim*.

<sup>601</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, em especial p.3, nota 5.

<sup>602</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, pp.507 e ss.

<sup>603</sup> Cf. BUNG, Jochen. Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrecht dogmatik*. n.6, 2016, pp.341-342.

<sup>604</sup> Ver: SCHÜNEMANN, Bernd. The Role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 1999, p.43. FRISCH, Wolfgang. Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social. *Revista de Estudios de la Justicia*. n.21, 2014, p.31. ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales. In: ESER, Albin *et al.* *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, *passim*.

Todavia, em alguma medida, tais alterações político-criminais acabaram por banalizar os processos de vitimização<sup>605</sup>. Nesse contexto, há uma espécie de reação por parte da dogmática, que começa a apresentar critérios para o reconhecimento de alguma (cor-) responsabilidade da vítima na produção de diversos efeitos lesivos, o que, na prática, implica uma leitura menos ampla da norma penal incriminadora<sup>606</sup>. Com efeito, segundo Prittwitz, a Vitimologia encerrou a concepção segundo a qual seria suficiente apenas o estudo do delinquente para a compreensão dos atos criminosos<sup>607</sup>. Não obstante, como bem pontua Cancio Meliá, a relativa novidade é a tentativa da doutrina de racionalizar a questão de como o comportamento da vítima pode influir na valoração jurídico-penal do comportamento do autor<sup>608</sup>, pois a valoração do comportamento da vítima sempre esteve presente no direito penal, ainda que sob um “disfarce”, utilizando para, por exemplo, esconder preconceitos ou ideologias<sup>609</sup>.

As polêmicas e críticas ainda são várias. Hillenkamp, a propósito, sintetiza as principais divergências acerca da vitimodogmática. Segundo o autor, a substituição da visão unilateral centrada no autor por uma perspectiva interacionista traz impactos sobre os pilares do direito penal material. Dessa maneira, a vitimodogmática tem sido interpretada como um princípio: de orientação legislativa, de interpretação, de imputação e de dosimetria de pena<sup>610</sup>. Com efeito, aponta Cancio Meliá, quanto ao nível ou intensidade de aplicação da perspectiva vitimodogmática, a doutrina divide-se entre soluções no âmbito da tipicidade

---

<sup>605</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. *Op.cit.*p.111. BAKER, Tom. Embracing risk, sharing responsibility. *Drake law review*, v.56, 2008. ROCHFORD, Francine. The law of negligence in a “risk society”. Calculating ideas of reasonable risk. *Griffith Law Review*. v.16, 2007.

<sup>606</sup> DEL TUFO, Valeria. *Op.cit.*p.7. De acordo com Pastor Muñoz, ainda não se pode considerar que exista uma dogmática da vítima. Dessa forma, a vitimodogmática limita-se a dotar de um novo enfoque a dogmática, a saber, o de que vítima pode ter contribuído responsabilmente para a configuração do delito. Assim, conclui a autora, da vitimodogmática somente fica uma perspectiva que se deve incorporar a um marco mais adequado: a teoria da imputação objetiva. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.103-104.

<sup>607</sup> PRITTWITZ, Cornelius. The Resurrection of the Victim in Penal Theory. *Buffalo Criminal Law Review*. v. 3, n.1, 1999, p.112.

<sup>608</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 2.ed. Barcelona: Bosch Editor, 2001, pp.23-24.

<sup>609</sup> Ver: SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux; MACRI JÚNIOR, José Roberto. Raça e violência sexual: âmbito de aplicação da vitimodogmática? *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*. vol. 7, nº 12, 2017, pp.55 e ss.

<sup>610</sup> HILLENKAMP, Thomas. *Op.cit.*pp.598 e ss.

(soluções radicais) e soluções no âmbito da dosimetria da pena (soluções moderadas)<sup>611</sup>. Discute-se, também, qual seria o âmbito de aplicação da perspectiva vitimodogmática, isto é, debate-se acerca de quais (grupos de) delitos pode-se valorar o comportamento da vítima. Há relativo consenso no sentido de que apenas os delitos de relação<sup>612</sup> – ou seja, crimes que requerem algum tipo de participação da vítima para sua consumação – deveriam ser estudados sob o ponto de vista da interação autor-vítima proposto pela vitimodogmática<sup>613</sup>.

Todavia, afirmar que o juízo vitimodogmático fica restrito aos delitos de relação traz o risco da “bagatelização dos delitos de relação”<sup>614</sup>. Com efeito, a exigência de que os indivíduos se protejam de possíveis agressões pode enfraquecer as interações sociais, as quais serão baseadas na ideia de que o outro é uma fonte de perigo<sup>615</sup>, além, claro, da inevitável perda de confiança na tutela penal<sup>616</sup>. Assim, pode-se dizer que a vitimodogmática traz em sua essência um dilema. De fato, a ampla responsabilização do autor quando há também responsabilidade da vítima consistiria em uma má compreensão da estrutura metodológica da interpretação das leis penais, visto que estas não (apenas) limitam, mas (também) possibilitam o exercício da liberdade ao garantirem as regras do tráfico social, delimitando as esferas de liberdade<sup>617</sup>; em outros termos, em um contato social é possível “que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência

---

<sup>611</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op.cit.*pp.20-21, nota 9. Para uma fundamentação de orientação econômica da vitimodogmática como critério de dosimetria de pena, ver: BEN-SHAHAR, Omri; HAREL, Alon. Blaming the Victim: Optimal Incentives for Private Precautions against Crime. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 11, n. 2, 1995.

<sup>612</sup> Que tem como máximo exemplo o estelionato. Ver: HERRERA MORENO, Myriam. Estafa. Apropiación indebida. Defraudación de fluido eléctrico. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal*. Parte especial. Adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal. Tomo II. Madrid: Editorial Tecnos, 2011, p.91.

<sup>613</sup> Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. The Role of the Victim. *Op.cit.*pp.38-40. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*p.176. MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca). *Revista Derecho Penal y Criminología*. nº 90, vol. XXXI, 2010, p.98. HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia. Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. v.17, 2015, p.13.

<sup>614</sup> FROMMEL, Monika. Wie kann die Staatsgewalt die Frauen vor sexueller Gewalt schützen? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.7. 1987, p.244.

<sup>615</sup> Ver: SCHÜNEMANN, Bernd. The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 7, n. 2, 2004, p.568. BERISTAIN, Antonio. *Victimología*. Nueve palabras clave. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000, pp.27-36.

<sup>616</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima. *Op.cit.*pp.169-170.

<sup>617</sup> KUBICIEL, Michael. Ciencia del Derecho penal y política criminal europea. *Revista Derecho Penal y Criminología*. v.34, n. 97, 2013, p.36.

lesiva”<sup>618</sup>. Dessa maneira, o dilema vitimodogmático consiste em, por um lado, não ignorar a relevância jurídico-penal do comportamento da vítima, e, por outro, não reduzir a intervenção estatal a ponto de gerar sensação de insegurança e diminuição da confiança no ordenamento jurídico.

O principal fundamento dos juízos vitimodogmáticos é o princípio da subsidiariedade<sup>619</sup>, compreendido desde uma perspectiva que abarca, para além dos modos alternativos de intervenção estatal, as possibilidades privadas de proteção do bem jurídico<sup>620</sup>. Com efeito, a ideia de garantir o máximo possível de liberdade por meio do mínimo indispensável do Estado tem como consequência que a intervenção penal pode ou deve ser excluída (ou mitigada) nas hipóteses em que a vítima poderia defender de forma eficaz o bem jurídico tutelado utilizando-se dos meios disponíveis. A dificuldade do princípio em questão, portanto, é encontrar o justo equilíbrio entre, de um lado, a liberdade do ser humano de se desenvolver livremente, e, de outro, a tutela de tal liberdade. Para respeitar a exigência de desenvolvimento autônomo da personalidade humana, constitucionalmente garantida, o Estado não poderia intervir em situações em que a pessoa não precisa de ajuda: fazê-lo significaria comprometer a ideia de realização autônoma. Não obstante, o dever do Estado será aquele de intervir subsidiariamente em situações nas quais o indivíduo não possa agir por si mesmo. Contudo, isso não legitima uma função paternalista estatal: ao contrário, a intervenção encontra seu fundamento na própria personalidade humana, a qual requer a solidariedade alheia como forma de complemento para a própria realização pessoal<sup>621</sup>.

---

<sup>618</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 5.ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.29.

<sup>619</sup> DEL TUFO, Valeria. *Op.cit.*pp.37-39. A autora aponta que o princípio da subsidiariedade foi particularmente desenvolvido pela doutrina social católica, em especial após a *Quadragesimo anno*, de Pio XI. A propósito, ver: JUAN FERNÁNDEZ, Jorge de. La subsidiariedad, un principio para el servicio a la sociedad. *Estudios mindonienses: Anuario de estudios histórico-teológicos de la diócesis de Mondoñedo-Ferrol*. n.32, 2017, pp.659 e ss.

<sup>620</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.127-128. Nesse sentido, Hassemer afirma que a proteção de bens jurídicos por meio do direito penal somente será legítima nas hipóteses em que for estritamente subsidiária, isto é, nos casos em que não existam outras possibilidades de proteção. Contudo, frequentemente, a vítima possui possibilidades de proteção dos bens jurídicos. E estas possibilidades devem ser levadas em consideração, pois o direito penal não pode ter como critério de restrição da intervenção apenas os meios alternativos em campos coativos estatais, mas também os âmbitos não estatais, como seriam os meios de proteção da própria vítima. HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 43, 1990, p.247.

<sup>621</sup> DEL TUFO, Valeria. *Op.cit.*pp.39-42.

Em termos penais, a proteção aos bens jurídicos pode ser compreendida como uma atividade ou prestação estatal, a exemplo da saúde e da educação. O Estado deve distribuir esta proteção. Esta perspectiva, segundo Alon Harel, evidencia duas questões fundamentais: o meio mais eficiente de conferir proteção aos bens jurídicos, e a justa distribuição desta proteção. Ignorar a conduta da vítima na determinação das sanções criminais, segue o autor, seria ineficiente e injusto. Seria ineficiente porque, ao se considerar irrelevante o comportamento do sujeito passivo, não se cria incentivos para que a vítima tome precauções contra ataques aos seus bens jurídicos. Se, ao contrário, a sanção penal for mitigada nos casos em que a vítima foi descuidada, haveria um incentivo para que os criminosos buscassem esse perfil de vítima, e, conseqüentemente, haveria um incentivo para a tomada das precauções possíveis contra delitos. Além disso, prossegue Harel, ignorar o comportamento da vítima seria injusto, pois, dado que, em relação às pessoas que adotam medidas de autoproteção, é maior a probabilidade de que potenciais vítimas descuidadas tornem-se vítimas reais de delitos, os custos de proteção de quem é descuidado é maior do que o custo de quem se protege contra agressões injustas<sup>622</sup>.

A garantia da autonomia e da liberdade, como sintetiza Del Tufo, teria como contraparte as obrigações fundamentadas no princípio da autorresponsabilidade. Com efeito, o princípio da responsabilidade pela própria conduta, ao reconhecer ao indivíduo o direito a dispor de determinados bens jurídicos, atribui ao sujeito também o dever de defender tais bens, no limite do possível, sem recorrer à ajuda estatal. Assim, enquanto o princípio da subsidiariedade estabelece que o recurso ao direito penal para regular conflitos sociais será legítimo quando necessário para a tutela jurídica daqueles bens indispensáveis à vida do sujeito em sociedade, sendo insuficientes outras formas de proteção, o princípio da autorresponsabilidade estabelece que qualquer indivíduo é responsável, no limite do possível, pela defesa dos seus próprios bens jurídicos. Dos dois princípios, tem-se que a racional possibilidade de adotar uma medida voltada a salvaguardar os bens jurídicos

---

<sup>622</sup> HAREL, Alon. Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault. *California Law Review*, v. 82, n. 5, 1994, pp.1182-1183.



constitui um modo eficaz de proteger os próprios bens e, portanto, a intervenção do direito penal seria, nesse caso, desnecessária<sup>623</sup> -<sup>624</sup>.

Após estas considerações, pode-se agora prosseguir com a questão acerca da configuração do erro no caso em que a vítima tem dúvidas. A favor de interpretar restritivamente o conceito de erro, excluindo certos casos de dúvidas da vítima, e incluindo somente aqueles casos em que esta tinha a veracidade como mais provável que a falsidade, levantam-se argumentos político-criminais baseados em critérios de interpretação teleológica: partindo do pressuposto de que o tipo de estelionato persegue a proteção do patrimônio contra uma forma determinada de ataque (o proceder astuto que se serve do engano, ocultando da vítima informações essenciais ou fingindo informações defeituosas a fim de provocar a disposição patrimonial), na medida em que surgem e crescem as dúvidas da vítima sobre a verdade dos fatos ou sobre a completude das informações, perde seu caráter perigoso gradualmente este particular modo de ataque. Dessa forma, pode-se argumentar que, se apesar das dúvidas, o sujeito realiza o ato de disposição patrimonial, há uma aceitação do risco de engano. Questiona-se, portanto, o merecimento ou a necessidade de tutela penal nesses casos<sup>625</sup>.

A ideia de que a maior intensidade da dúvida implica a (potencial) descaracterização do erro típico do estelionato traz vários problemas de ordem prática. Como aponta Serrano Gonzáles de Murillo, em primeiro lugar, não são possíveis meios de prova adequados para indagar com qual intensidade a vítima representou a probabilidade de inveracidades. Em segundo lugar, tal como ocorre na problemática do dolo eventual, o processo psíquico de tomada de decisão transcorre de modo que o próprio enganado, em geral, não toma postura alguma internamente sobre o grau de intensidade da probabilidade, visto que não se encontra, não se vê diante da decisão sobre se acredita mais ou menos na probabilidade de que o afirmado corresponde à realidade, mas sim diante da decisão de dispor ou não do patrimônio, apesar das dúvidas. Além disso, na prática processual, o enganado não poderá proporcionar

---

<sup>623</sup> DEL TUFO, Valeria. *Op.cit.* pp.43-46.

<sup>624</sup> Sobre implicações dogmáticas do princípio da autorresponsabilidade, ver: GRECO, Luís. *Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* n.1, 2011, pp.9 e ss.

<sup>625</sup> Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Op.cit.* p.105. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Op.cit.* p.532. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Op.cit.* p.339.

quase nunca informação confiável sobre a intensidade de sua dúvida, tanto por seu caráter de parte, como pelos efeitos atenuantes do tempo sobre a memória<sup>626</sup>.

Para além de dificuldades práticas, Pastor Muñoz apresenta três críticas teóricas à ideia de que a dúvida da vítima torna o modo de agir do autor menos perigoso. Primeiramente, o estado psicológico da vítima não poderia ser um critério objetivo de delimitação do engano típico<sup>627</sup>. Em segundo lugar, a consideração de que a dúvida diminui a periculosidade da conduta do autor não parece compatível com a afirmação de que a vítima aceita o risco: ou o risco diminui, ou a vítima o aceita, mas as duas situações não podem ser simultâneas. Em terceiro lugar, seria equivocado extrair da conduta posterior da vítima, de sua “reação” frente ao engano, consequências sobre a necessidade da intervenção penal e, portanto, para a definição do âmbito do proibido. No entendimento da autora, a reação concreta da vítima frente ao engano pode ser relevante para analisar a imputação objetiva do resultado e, portanto, para estabelecer se há ou não consumação, mas não deve influir em nada na determinação da tipicidade do comportamento do autor. Para este último juízo não interessa se a vítima tinha possibilidades fáticas de autoproteção, mas sim em que medida a vítima deveria se proteger<sup>628</sup>.

Não obstante estas críticas, há questionamentos mais específicos acerca da necessidade de proteção penal nos casos em que a vítima tenha *dúvidas concretas*, as quais podem versar, por exemplo, sobre o caráter contraditório das afirmações do autor, falta de verossimilhança, incompatibilidade com outras informações das quais a vítima dispõe, nas circunstâncias do negócio, ou mesmo sobre características do autor<sup>629</sup>. A dúvida, nessas hipóteses, poderia ser compreendida como uma oportunidade de que a vítima se proteja. Com efeito, a vítima que duvida teria a possibilidade de evitar o prejuízo comprovando as afirmações de caráter duvidoso, ou abandonando o negócio. Segundo este raciocínio, o princípio da subsidiariedade exigiria que, quando da valoração acerca da existência do erro,

---

<sup>626</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Op.cit.*p.534.

<sup>627</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003. Ponente: Andrés Ibáñez. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 56, 2003, p.564.

<sup>628</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.105-106.

<sup>629</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp.71-72.

fossem levadas em consideração as possibilidades de autoproteção da vítima, as quais seriam um meio de proteção do bem jurídico menos lesivo que a intervenção punitiva. Assim, a função do erro no tipo de estelionato seria fazer valer o princípio da subsidiariedade na proteção penal de bens jurídicos. Entretanto, a falta de necessidade de proteção somente poderia ser afirmada em casos de dúvidas concretas e não diante de dúvidas indeterminadas. De fato, quando a dúvida é indeterminada, as possibilidades de autoproteção da vítima são reduzidas, pois não existe um ponto de apoio para tomar medidas concretas dirigidas a obter mais informações. Nesses casos, a mensagem seria a de que o cidadão não deve nunca confiar nas indicações de estranhos; deve confiar apenas nas próprias medidas de asseguramento, independentemente das afirmações de terceiros, o que dificultaria notavelmente o tráfico econômico: a previsão do estelionato, assim, não seria uma garantia, mas um entrave aos negócios, o que vai contra a função social do tipo de estelionato, qual seja, a de permitir aos indivíduos confiar em certa medida nas afirmações dos outros<sup>630</sup>.

Embora seja possível discutir a adequação de restrições político-criminais para o conceito de erro, há falhas no raciocínio de se fundamentar uma não intervenção com o princípio da subsidiariedade. Primeiramente, em termos de método, pode-se objetar que tal argumentação não trata realmente da subsidiariedade penal, mas sim da subsidiariedade da intervenção estatal em geral, pois compara a intervenção penal com as possibilidades de autoproteção da vítima e não a intervenção penal com outros meios coativos de que o Estado dispõe. Ainda em termos de método, seria um equívoco utilizar na interpretação um princípio concebido para inspirar a produção legislativa<sup>631</sup>. Uma segunda falha no raciocínio seria a de que este ponto de vista considera que a exigência de erro é a cristalização do princípio da subsidiariedade no estelionato e afirma que a falta de erro no caso em que a vítima tenha dúvidas concretas determina que se configure um “desvio essencial do curso causal” e, portanto, que não exista consumação, mas somente tentativa de estelionato<sup>632</sup>. Nesse ponto,

---

<sup>630</sup> Com ulteriores referencias, PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.106-107. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Op.cit.*p.535. Ver también: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Op.cit.*p.339.

<sup>631</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.109. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op.cit.*p.245.

<sup>632</sup> Ver as referências indicadas em: PERÉZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva de la estafa. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. v. 2, 1996, pp.265-266. Segundo a autora, poder-se-ia negar a imputação objetiva por razões político-criminais, ainda que não se possa romper a relação de risco. Se as dúvidas não excluem o erro, tendo a vítima realizado o ato de disposição, crendo ser mais provável a mendacidade da afirmação do autor do que sua veracidade, não falta qualquer elemento do estelionato, nem tampouco a relação de risco, na medida em que o ato de disposição por erro seria a concretização do engano

o raciocínio chega a uma conclusão insustentável, pois se a negação da concorrência de erro deixa intacta a existência de tentativa de estelionato, a intervenção penal continua sendo igualmente necessária, desde o momento em que a tentativa é punível. A ausência de erro significa que a vítima se faz responsável por seu ato de disposição e que não há consumação, mas isso não impede afirmar que o comportamento do autor foi típico. Com efeito, a vítima que evita o erro recupera o controle de seu ato de disposição e evita, assim, o resultado típico, mas isso não tem nada a ver com a necessidade de intervenção penal, a qual deve ter lugar igualmente, na medida em que tenha havido tentativa punível<sup>633</sup>. De fato, se as normas penais têm uma função de orientação de condutas, devem prevalecer como critérios de atribuição de responsabilidade os elementos *ex ante*, e a dúvida da vítima é um elemento *ex post*. Além disso, pode-se criticar tal interpretação desde um ponto de vista político-criminal, pois, dessa forma, seriam mais protegidos os descuidados do que os precavidos<sup>634</sup>.

#### 4.2 Lineamentos de uma concepção de erro

É bastante aceito que a concepção psicológica de erro pode oferecer dificuldades para a aplicação do tipo de estelionato em situações em que o reconhecimento da configuração do delito parece plenamente justificada e normativamente conforme à estrutura e função do tipo. Na linha de uma crescente normativização dos conceitos penais, a superação de tais dificuldades provavelmente deveria acompanhar uma consciente funcionalização da exigência do erro, que permita superar as disfuncionalidades que atualmente apresenta sem desnaturalizar a figura do estelionato. Em outros termos, toda alternativa ao conceito psicológico de erro deve ser capaz de erigir-se em seu equivalente funcional<sup>635</sup>.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Frisch. Segundo o autor, a vítima tem a expectativa de que quem se manifesta não lhe falta com a verdade sobre a existência das

---

empregado. Apesar disso, segundo a autora, seria político-criminalmente adequado negar a imputação do resultado, e, portanto, a punição por estelionato consumado, porque são casos que o tipo penal do estelionato não alcança. PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.266.

<sup>633</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. *Op.cit.*p.73.

<sup>634</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.107-108.

<sup>635</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. *Op.cit.*pp.38-40.

condições do ato de disposição (típicas de certos negócios, ou conhecidas de algum modo). Esta expectativa será defraudada – na medida em que o autor falte com a verdade – na forma específica do erro, quando a vítima não perceber a falsidade da manifestação, ou de qualquer outra circunstância da conduta do autor. Isto não vale apenas para as situações em que a vítima reflete explicitamente acerca do cumprimento de suas expectativas (de que não lhe faltem com a verdade) e, partindo desse pressuposto, extraia conclusões a respeito do cumprimento das corretas condições da disposição patrimonial. Também vale para as situações em que esta reflexão está ausente, e a vítima, partindo de expectativas gerais acerca da veracidade de certas manifestações e do cumprimento das condições da disposição patrimonial, diante de certos comportamentos desencadeantes do autor, simplesmente realiza o ato de disposição, tal como se dá, por exemplo, nos negócios massivos. Daí fica evidente a diferença entre representação errônea psicológica e defraudação de expectativas<sup>636</sup>.

Frisch prossegue afirmando que as expectativas da vítima – que não reconhece a mendacidade da manifestação – com relação à qualidade das manifestações do autor são defraudadas quando, partindo destas manifestações com respeito a situações fáticas relevantes para o ato de disposição, não se chega a uma convicção firme, tendo a manifestação apenas como possível. Para a concepção proposta por Frisch, o erro já está na defraudação da expectativa em relação ao cumprimento de certa qualidade da conduta do autor. Portanto, seria irrelevante indagar acerca de se ou quando existe uma representação de possibilidade em relação a certos fatos que configuram uma representação errônea positiva<sup>637</sup>.

Conclui o autor afirmando que as dificuldades decorrentes de uma compreensão psicológico-naturalista de erro como representação errônea sobre os fatos desaparecem quando se compreende o erro como um conceito funcional normativo. O erro, portanto, seria um conceito destinado por sua função a proteger a vítima da defraudação de suas expectativas com relação às condições de sua própria disposição. Esta tutela se dá mediante a proteção das expectativas da vítima com relação à veracidade das manifestações (ou de outra conduta relevante) do autor referentes às condições da disposição patrimonial. Assim,

---

<sup>636</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.785. Ver também: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Op.cit.*pp.225-226.

<sup>637</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.785.

o erro protegeria a vítima frente à defraudação produzida a partir de uma qualidade da conduta do autor (cuja forma de conduta não revela certa qualidade). O engano, *grosso modo*, seria a conduta do autor que gera a aparência de estar satisfazendo as expectativas, sem as satisfazer de fato<sup>638</sup>.

Apesar da consistência teórica dos argumentos apresentados por Frisch, é questionável a possibilidade de se prescindir absolutamente e em qualquer hipótese de uma concepção psicológica de erro. De fato, é difícil imaginar como possa existir a expectativa se a vítima percebe a mentira. O próprio Frisch, a propósito, indica que, caso a falsidade da conduta seja percebida, não haveria uma frustração de expectativa característica do erro<sup>639</sup>. A concepção normativa de erro deve ser aceita, porém com certa matização. Nesse sentido, embora falando em termos de engano, Gallego Soler apresenta o seguinte exemplo: A, mediante engano, consegue que B conclua um contrato que terá efeitos dentro de 30 dias; no dia seguinte, B percebe a fraude; contudo, não rescinde unilateralmente o contrato (o que, no caso, seria possível), preferindo esperar 30 dias para perfazimento do prejuízo patrimonial, a fim de fazer A responder por estelionato. B sabia que tinha mecanismos para evitar o prejuízo patrimonial, mas nada faz. O estelionato (consumado), segue Gallego, é um delito de autolesão patrimonial – o que implica não bastar a mera relação causal entre engano e ato de disposição patrimonial – em que o enganado disponente precisamente executa um ato de disposição patrimonial em prejuízo próprio (ou de terceiro) porque desconhece que dita disposição é gravosa, *desconhece que atua em erro*, de tal modo que se pode conceber o estelionato como uma forma de autoria mediata tipificada: o instrumento é o disponente enganado. Logo, se o disponente conhece o engano e, não só isso, também conhece os mecanismos jurídicos que podem evitar tal prejuízo, pode-se equiparar o disponente ao “instrumento doloso”, pois atua como conhecimento da situação criada e de sua valoração. Assim, não seria justificável condenar A por estelionato consumado. Não obstante, se comprovada a criação de risco típico, de acordo com Gallego Soler, seria punível a tentativa<sup>640</sup>.

---

<sup>638</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.785-786.

<sup>639</sup> Cf. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.785, nota 28.

<sup>640</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.474-476. Ver, no final do capítulo anterior, o posicionamento de Valle Muñiz sobre caso estruturalmente idêntico. Valle chega à mesma conclusão que Gallego, prescindindo, contudo, do argumento da autoria mediata tipificada.

A matização proposta não implica, todavia, concordar integralmente com o pensamento de Pastor Muñoz. No entendimento da autora, o erro desempenha um papel duplo no tipo de estelionato, segundo se trate de imputação objetiva do comportamento ou de imputação objetiva do resultado. Assim, por um lado, na imputação objetiva do comportamento, o erro deve ser concebido de modo puramente normativo, como critério para delimitar o engano típico. Por outro lado, na imputação objetiva do resultado é necessário constatar a existência de erro psicológico<sup>641</sup>. Reconhecer a necessidade da constatação do erro psicologicamente concebido para fins de imputação do resultado traria os problemas já apontados, dentre outros, por Frisch.

Vale apontar, nesse contexto, a formulação proposta por Kindhäuser segundo a qual a disposição da vítima *deve apresentar-se como não prejudicial desde sua perspectiva*<sup>642</sup>. Assim, a título de conclusão desse ponto, deve-se reconhecer que a concepção normativa de erro, efetivamente, contribui para a superação da concepção tradicional (psicológico-naturalista) e de suas limitações. Todavia, na análise do caso concreto deve-se verificar se a “vítima” não sabia que a conduta do autor era enganosa. Com efeito, se a vítima tem plena consciência de que, por exemplo, as afirmações do autor não são verdadeiras, não se pode reconhecer que o sujeito tenha expectativas que serão frustradas pelo “autor”. Além disso, seria bastante questionável reconhecer o caráter prejudicial de uma disposição patrimonial realizada nesses termos.

### 4.3 Engano

O engano pode se manifestar de múltiplas formas. E, precisamente por causa de seu caráter multiforme, é tarefa do intérprete buscar o significado preciso acerca do que seria uma conduta enganosa para efeitos de configuração de estelionato, a fim de garantir o máximo respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica<sup>643</sup>. Um primeiro passo para alcançar este objetivo seria uma tentativa de conceituação de engano. Choclán Montalvo, nesse sentido, procura traçar os contornos do que seria o elemento engano no

---

<sup>641</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.109, nota 22.

<sup>642</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*p.32.

<sup>643</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.142.

estelionato: aponta que se trata de um meio não violento de que se serve o autor para viciar o consentimento do disponente, mediante a desfiguração da realidade, seja alegando fatos falsos, seja ocultando fatos verdadeiros; em qualquer caso, há uma quebra da boa-fé na confiança do sujeito passivo que crê razoavelmente na boa-fé do autor. Dessa forma, a ação enganosa consiste em criar a aparência de que o que sucede objetivamente é coincidente com as representações do disponente, ainda que, na realidade, oculta-se que esta coincidência não se verifica. Portanto, existiria um diferente conhecimento da situação por parte do sujeito ativo e do sujeito passivo: enquanto o autor apreende a situação de acordo com um conhecimento preciso da realidade, desfigurando-a em sua comunicação com o disponente, este se representa equivocadamente a situação, ignorando o risco de lesão patrimonial inerente à disposição na situação concreta<sup>644</sup>.

O estelionato, compreendido como delito de relação<sup>645</sup>, no qual há uma interação entre a vítima e o autor, coloca a questão central: como alguém pode ser responsabilizado pelo ato de disposição patrimonial prejudicial alheio? Uma primeira possibilidade de resposta iria no sentido de conferir prioridade à causação do erro, compreendendo o engano como o elemento que torna o autor responsável pelo prejuízo. Esta orientação tem como consequência o fato de que todos os tipos de vítimas são protegidos: descuidadas, diligentes, crédulas ou desconfiadas; dessa forma, a vítima não é contemplada como pessoa responsável, e, assim, qualquer engano que consiga conduzir a vítima a um ato de disposição prejudicial é constitutivo de um estelionato<sup>646</sup>. Tal concepção, embora não elimine eventuais problemas de causalidade do engano<sup>647</sup>, é teoricamente sustentável. Nada impede, efetivamente, que se confira máxima extensão ao conceito, compreendendo o engano em termos exclusivamente causais. Todavia, questiona-se a conveniência do ponto de vista

---

<sup>644</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.99

<sup>645</sup> Cf. PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*pp.248-249.

<sup>646</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.92.

<sup>647</sup> Nesse sentido, o interessante caso proposto por Pérez Manzano: A induz B a comprar as ações X, afirmando que sua cotização na bolsa vai subir vertiginosamente nos próximos dias. A tinha combinado previamente com C, dono das ações X, captar compradores, serviço pelo qual A será recompensado. A sabe, pois foi informado por C, que a empresa à qual pertencem as ações X quebrará em breve. B não fica muito convencido da operação indicada por A. Vai ao banco para se informar melhor acerca do negócio. D, operador do banco, que também recebe comissão pela venda das ações X, fornece dados falsos (*os quais por si só não teriam sido suficientes para induzir a erro*) os quais convencem B a comprar as ações X. PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.243. Criticando o conceito de causalidade no estelionato, ver: ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op.cit.*p.425.



político-criminal dessa amplitude do engano<sup>648</sup>. Por isso, uma segunda corrente, majoritária na atualidade, procura conferir um âmbito de responsabilidade à vítima<sup>649</sup>. A consequência imediata desta perspectiva é a de que nem todo engano que cause um erro é suficiente para transferir a responsabilidade pelo ato de disposição patrimonial prejudicial da vítima para o autor. Tendo em vista o exposto, passa-se agora a uma síntese das diversas propostas para a restrição normativa do conceito de engano<sup>650</sup>.

Antes, porém, deve-se esclarecer que a exposição dos tópicos seguintes está estruturada de acordo com os critérios apontados para delimitação do engano típico. Por essa razão, os mesmos autores podem ser citados em diferentes momentos, visto que podem adotar argumentos mistos em suas obras.

#### 4.3.1 Objeto do engano: fato ou juízo de valor?

Afirma-se que o engano típico pode recair sobre o objeto do negócio ou sobre os sujeitos<sup>651</sup>. Não obstante, como já afirmado, defende-se que o engano somente terá relevância penal se constituir um risco de prejuízo patrimonial<sup>652</sup>. Assim, não cometeria estelionato quem, por exemplo, por pudor, mente acerca da própria identidade na realização de um negócio envolvendo objeto cuja posse pode ser considerada vexatória, desde que a transação transcorra conforme o combinado entre as partes. Quanto propriamente ao objeto

---

<sup>648</sup> PEDRAZZI, Cesare. *Op.cit.*p.178. A propósito da extensão do conceito de engano, ver: FERRER SAMA, Antonio. Estafa procesal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 19, 1966, p.5. CEREZO MIR, José. *Op.cit.* pp.187-189. GRISOLÍA, Francisco. La estafa procesal en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*. vol.24, n.3, 1997, p.417.

<sup>649</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.92. Para uma crítica da concepção puramente causal de engano, ver: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.70. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.101.

<sup>650</sup> Parte da doutrina trata, ao discutir a restrição normativa do engano, dos temas já abordados no capítulo II deste trabalho. Pastor Muñoz, por exemplo, trata da *mise-en-scène* como uma forma de tentativa de restrição do conceito de engano. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.97. Para evitar repetições desnecessárias, as teorias já discutidas nesse trabalho não serão novamente expostas, salvo nos pontos indispensáveis.

<sup>651</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.108.

<sup>652</sup> Nesse sentido: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.91.

do negócio, a doutrina discute se o engano típico somente pode recair sobre fatos, ou se juízos de valor também podem configurar estelionato.

Parte da doutrina defende que o engano deve recair apenas sobre fatos. O objetivo seria excluir do conceito de engano típico as meras opiniões pessoais ou conselhos que somente pertencem às valorações de quem os formula e frente às quais não se pode aplicar o binômio verdadeiro/falso<sup>653</sup>, pois, ainda nos casos de reserva mental de quem formula uma opinião, objetivamente deve ser tomada pela outra parte como mera opinião, não como afirmação de um fato que pode ser compreendido como certo. Dessa forma, quem aceita acriticamente uma opinião ou conselho não poderia invocar depois um erro, visto que um mero juízo de valor, ainda que não seja assumido subjetivamente por quem o formula, não pode ser considerado engano no sentido do tipo de estelionato<sup>654</sup>. Bajo Fernández, nesse sentido, apresenta o argumento de que, assim como ocorre com a restrição da exceção da verdade nos delitos contra a honra, os juízos de valor não se sustentam sobre uma verdade objetiva com a qual se possam contrastar, motivo pelo qual as opiniões não podem constituir, em tese, enganar típicos<sup>655</sup>.

Dificuldades surgem quando a opinião parece pressupor um fato, ou quando um juízo de valor possa ser tomado razoavelmente pelo sujeito passivo como a afirmação de um fato<sup>656</sup>. Por exemplo, um juízo valorativo sobre um automóvel pode ser compreendido, a depender das circunstâncias, como uma afirmação fática sobre a potência do motor<sup>657</sup>, ou indicar que o veículo já foi testado de determinadas formas<sup>658</sup>. Os casos mais evidentes, contudo, de possível confusão entre juízo de valor e juízo de fato são os de fixação de preço, notadamente quando a mensuração do valor depende de conhecimentos técnicos específicos. Com efeito, o preço é um juízo de valor que pode constituir engano quando, junto a elementos de fato, dá a entender falsamente que o produto tem um valor de que, na verdade, carece. Tal seria o caso de quem, com o fim de que o inexperiente creia que é uma pedra

---

<sup>653</sup> Cf. MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 41, n.3, 2014, pp.1026-1027.

<sup>654</sup> Cf. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.111.

<sup>655</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*pp.43-44.

<sup>656</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.111.

<sup>657</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.44.

<sup>658</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.116.

preciosa, coloca um preço elevado a uma pedra de bijuteria, vendendo-a como joia<sup>659</sup>. Também seria o caso do advogado que avalia falsamente as chances de sucesso de uma demanda a fim de obter a prestação do cliente<sup>660</sup>, ou do especialista em arte que declara falsamente o mérito de uma obra para que o valor desta seja exageradamente inflado em uma futura venda<sup>661</sup>.

Assim, pode-se afirmar, como faz Choclán Montalvo, que o juízo de valor por si não constitui engano típico, porque a cautela mínima exige a cada um formular suas próprias valorações. Contudo, quando o juízo de valor é formulado em determinada situação, dentro de um contexto mais amplo em que junto com outras circunstâncias possa conduzir a ter como certo determinado fato conforme a um juízo objetivo de razoabilidade, aquele juízo de valor pode formar parte de um comportamento complexo que preenche os requisitos do engano típico<sup>662</sup>. Todavia, como os próprios defensores reconhecem, nem sempre a distinção entre fato e valor é evidente, pois, a depender do contexto, manifestações valorativas podem ser razoavelmente compreendidas como afirmações acerca de propriedades do objeto negocial<sup>663</sup>. Portanto, como critério de restrição do conceito de engano, o conceito de fato é bastante falho<sup>664</sup>.

#### 4.3.2 Adequação do engano

Embora não tratem de estelionato, duas passagens da literatura podem ilustrar a discussão a ser realizada neste tópico. A primeira, de Brecht, conta a história de um rígido professor de francês que sublinhava com tinta vermelha todos os equívocos gramaticais de seus alunos; alguns estudantes, tentando obter melhor avaliação, utilizavam um canivete para tentar remover as marcações e, assim, mudar a contagem do número de erros, resultando em uma nota mais alta. Tais esforços eram inúteis, pois o professor sempre percebia as marcas no papel. Entretanto, um aluno procedia de outra forma: marcava com tinta vermelha trechos

---

<sup>659</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.45.

<sup>660</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Op.cit.*p.343.

<sup>661</sup> ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.88.

<sup>662</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.111-112.

<sup>663</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.116.

<sup>664</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.129-130.

nos quais não havia qualquer erro gramatical. Dessa forma, ao perguntar ao professor qual teria sido sua falha na tarefa, o docente acreditava ter sublinhado por engano o que não estava errado e, assim, reduzia a contagem de erros daquele aluno, aumentando sua nota<sup>665</sup>. A segunda ilustração é trazida por Machado de Assis. Em Iaiá Garcia, há um diálogo em que se trata da locação de um imóvel, no qual Procópio Dias “ensina” como se deve negociar o preço do aluguel: “Meu interesse é achá-la [a casa a ser alugada] arruinada; o seu [do proprietário] é dizer que apenas precisa de algum conserto. A realidade é que a casa está entre a minha e a sua opinião”<sup>666</sup>.

Os exemplos escolhidos procuram demonstrar as duas acepções que aparecem na discussão doutrinária acerca de adequação do engano. O primeiro exemplo ilustra a adequação no sentido de aptidão para causar o erro. De fato, o meio escolhido pela maioria dos estudantes para enganar o professor mostra-se inadequado, ao contrário do que se pode dizer do aluno que optou por usar tinta vermelha para sublinhar seus acertos. O segundo exemplo procura ilustrar a acepção de adequação do engano no sentido de existência de um “engano socialmente adequado”, o qual seria aceito nas transações comerciais, e, portanto, irrelevante do ponto de vista penal.

#### 4.3.2.1 Adequação compreendida como aptidão

Em tese, pode-se sustentar que a idoneidade da conduta fraudulenta não integra o delito de estelionato. Em outras palavras, a responsabilidade do agente derivaria não da idoneidade do engano empregado, mas da determinação em concreto do erro em quem dispõe patrimonialmente, com conseqüente prejuízo. Dessa forma, seria irrelevante a eventual falta de diligência ou ingenuidade do sujeito passivo, porque, ocorrendo o estelionato, a idoneidade do meio fraudulento seria avaliada *ex post*<sup>667</sup>. Uma concepção nesse sentido confere relevância apenas à causalidade, ampliando o alcance do tipo, na medida em que o engano típico seria o que, conforme comprovado posteriormente, enganou

---

<sup>665</sup> BRECHT, Bertolt. *Conversas de refugiados*. Trad. Tercio Redondo. São Paulo: Editora 34, 2017, pp.31-32.

<sup>666</sup> MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. Iaiá Garcia. In: *Todos os romances e contos consagrados*. vol.I. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p.443.

<sup>667</sup> Cf. MAGGINI, Attilio. *Op.cit.*p.20. FANELLI, Andrea. *Op.cit.*p.46.

o disponente<sup>668</sup>. A adequação, compreendida como aptidão do engano para causar a disposição patrimonial prejudicial, tem um claro caráter de restrição normativa da causalidade do engano<sup>669</sup>. A necessidade de restrições normativas para a compreensão do engano típico, visto que a mera causalidade poderia ampliar demasiadamente o alcance do tipo de estelionato, é bastante aceita pela doutrina. Todavia, não há unanimidade acerca dos critérios para determinar a restrição. Com efeito, embora o juízo de adequação do engano possa ser entendido como um juízo acerca da previsibilidade objetiva de que a ação enganosa, *ex ante* considerada, gerará um ato de disposição por erro<sup>670</sup>, questiona-se se essa valoração deve ser feita em atenção a uma medida objetiva que leve em conta como vítima a uma pessoa média ideal ou, ao contrário, uma medida subjetiva que leve em conta as particularidades da vítima no caso concreto<sup>671</sup>.

Bajo Fernández propõe uma solução objetiva complementada por uma análise subjetiva. Dessa forma, o engano deveria ser medido, em primeiro lugar, de modo objetivo, exigindo-se, portanto, que a manobra fraudulenta tenha aparência de seriedade e realidade suficiente para defraudar uma pessoa de mediana perspicácia e diligência. Não obstante, na medida em que os delitos de estelionato normalmente exigem por parte do sujeito passivo certa credulidade, confiança e boa-fé, dever-se-ia complementar o módulo objetivo com um módulo subjetivo que determine a idoneidade do engano também em função das condições pessoais do sujeito passivo. Destarte, conclui o autor, o engano deve ser apreciado *intuitu personae*<sup>672</sup>.

O pensamento de Bajo Fernández foi criticado por Valle Muñiz. Este entendia que aquele, ao apelar à figura da “pessoa com mediana perspicácia e diligência”, tomava o *bonus*

---

<sup>668</sup> LUCARELLI, Umberto. *Op.cit.* 11.

<sup>669</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa. Op.cit.*p.153. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Op.cit.*p.119. ZANNOTTI, Roberto. *Op.cit.*p.49.

<sup>670</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*pp.250-251. Segundo Pérez, a exigência de *mise-en-scène* ou de ações concludentes também devem ser compreendidas no mesmo sentido. A colocação em cena, entendida como o acompanhar as meras afirmações com pequenas encenações que pretendem provar a veracidade do que se afirma, fará mais fácil a imputação do resultado a ela, visto que aumentarão a probabilidade de erro e de prejuízo. E também a questão dos juízos de valor deveria ser resolvida tendo em vista a idoneidade objetiva para gerar erro. PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.254.

<sup>671</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal. Op.cit.*p.35. CORTESE, Giuseppe. *La struttura della truffa*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1968, p.112. Tratando de diversas questões acerca da adoção de parâmetros objetivos ou subjetivos no direito penal, ver: HÖRNLE, Tatjana. Social expectations in the Criminal Law: the “reasonable person” in a comparative perspective. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. vol. 11, n. 1, 2008.

<sup>672</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal. Op.cit.*pp.35-36.

*pater familiae* como critério de aferição da tipicidade objetiva do engano e, posteriormente, procurava introduzir as particularidades da vítima no caso concreto. Segundo Valle, não se pode concordar com propostas como a de Bajo, pois o engano encontra sua relevância típica na capacidade para produzir erro, o que exige uma análise detalhada das concretas circunstâncias do caso<sup>673</sup>.

Em sentido semelhante, Peréz Manzano entende que os chamados módulos objetivo e subjetivo de determinação do engano não representam outros problemas que não o da tomada em consideração de todas as circunstâncias que configuram o caso concreto no juízo de adequação<sup>674</sup>. Assim, de acordo com a autora, uma afirmação *ex ante* considerada, pode ser uma falta de veracidade inidônea como engano suficiente para fins de estelionato, visto que a probabilidade de induzir a erro é praticamente nula. Porém, essa avaliação pode mudar a depender de conhecimentos especiais do autor. Dessa forma, escolher uma vítima sabidamente débil, fácil de enganar, excessivamente crédula, ou que tenha passado por uma “exótica socialização”, constituiria estelionato, mesmo que o meio enganoso empregado fosse inidôneo para o homem médio<sup>675\_676</sup>.

O critério da adequação (compreendida como aptidão) para enganar apresenta limitações para delimitar o engano típico. A premissa do critério é a de que a idoneidade do engano deve ser avaliada *ex ante*, pois, *ex post*, todo engano seria idôneo<sup>677</sup>. Entretanto, ao se inserir elementos individualizadores, a própria ideia de adequação é colocada em xeque. Efetivamente, se o juízo de adequação do engano é concebido precipuamente desde uma perspectiva abstrata ou geral, dificilmente seria possível qualificar de típico o engano que seja inadequado em abstrato, porém idôneo no caso concreto devido a uma especial vulnerabilidade da vítima, o que teria como consequência a negativa de proteção das vítimas

---

<sup>673</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.154-155.

<sup>674</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.253.

<sup>675</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*pp.251-252.

<sup>676</sup> Acerca da importância de conhecimentos especiais para efeitos de responsabilização, ver: ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.121. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p.46.

<sup>677</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.149. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.41.

especialmente débeis<sup>678</sup>. Como já pontuava Torío Lopez, a adequação, embora seja um de seus elementos constitutivos, não é o fundamento da imputação, pois o direito penal não faz depender a imputação de uma prefixada, rígida tendência da ação para causar o resultado. A imputação não depende de um grau de probabilidade estatístico<sup>679</sup>. A atribuição do resultado ao agente pode, ao contrário, ter como base fatores que, de fato, *relativizem o juízo de adequação*. O próprio autor exemplifica essa possibilidade com o estelionato, afirmando que ao agente será imputado o prejuízo da vítima, caso o primeiro tenha tido em consideração a inexperiência ou debilidade intelectual do ofendido, o que favoreceria o êxito de um engano que, para a generalidade das pessoas, seria inidôneo<sup>680</sup>. Em outras palavras, a inserção de corretivos individuais torna bastante imprecisa tanto a avaliação *ex ante*, quanto a própria ideia de adequação, a qual é, no mínimo, flexibilizada. De fato, um critério objetivo-generalizador *ex ante* (segundo o qual, a despeito da eficácia do engano no caso concreto, não há estelionato se o engano não supera determinados parâmetros objetivos) aproxima-se de um critério subjetivo-individualizador *ex post* (segundo o qual, há fraude punível quando o engano resulta suficiente). Ademais, a adoção de um parâmetro objetivo por si só não esclarece, por exemplo, se o padrão a se adotar é a sociedade como um todo ou o grupo social concreto da vítima<sup>681</sup>; nem qual seria a relevância dogmática do fato de a vítima estar fora de seu contexto social.

#### 4.3.2.2 O engano socialmente adequado

Passa-se agora à discussão acerca do segundo sentido de adequação: o engano socialmente adequado. O juízo de adequação, nessa acepção, tem uma base absolutamente normativa<sup>682</sup>. Dessa maneira, somente o engano que cria um risco jurídico-penalmente

---

<sup>678</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*p.121. KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.405. Ver também: ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*pp.153 e ss.

<sup>679</sup> Cf. TORÍO LOPEZ, Ángel. Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. *Estudios penales y criminológicos*. n° 10, 1986, pp.389 e ss.

<sup>680</sup> TORÍO LOPEZ, Ángel. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 39, 1986, p.39.

<sup>681</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de Derecho penal*. *Op.cit.*p.140.

<sup>682</sup> Acerca da relação entre risco permitido e adequação social, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp.271 e ss.

desaprovado de lesão do patrimônio alheio pode ser imputado ao resultado posterior, qual seja, o prejuízo consistente na realização concreta deste risco<sup>683</sup>. De fato, reconhecida a adequação, no sentido de aptidão, da conduta enganosa para induzir a um ato de disposição por erro, não se afirma ainda que o engano criado constitua um risco tipicamente relevante, pois haveria um âmbito de risco permitido, visto que, além de a mentira não ser punida por si mesma, as interações econômicas apresentam uma utilidade social que torna tolerável os riscos do negócio<sup>684</sup>.

Parte da doutrina sustenta que, na medida em que as condutas enganosas se realizem sob a observância das regras ou usos sociais reguladores da atividade, mantendo-se nos níveis de risco usuais no desenvolvimento da atividade, constituirão condutas atípicas e, portanto, não poderão ser punidas sequer como tentativa de estelionato<sup>685</sup>. Nesse sentido, pontua Conde-Pumpido Ferreiro, que, no âmbito comercial, os exageros ou afirmações formuladas somente serão transcendentais do ponto de vista penal quando afetarem circunstâncias que o sujeito pode razoavelmente esperar da relação com a outra parte. Assim, o “estelionato do mendigo”; os exageros das virtudes ou a minimização dos defeitos da coisa durante uma negociação de preço; a afirmação inexata do comerciante sobre sua margem de lucro; a afirmação do vendedor de não ter mais dinheiro etc., representam atos mendazes sem capacidade de engano nem motivação suficiente para determinar um ato de disposição viciado, já que o preço final se estabelece pela coincidência do interesse do adquirente sobre a obtenção da coisa ou do interesse do vendedor sobre o preço oferecido<sup>686</sup>. Entretanto, ainda que se reconheça certa “tolerância social” ao engano<sup>687</sup>, não se pode ignorar que a determinação dos níveis de risco permitido requer uma análise particularizada, tendo em vista os setores do tráfico econômico. Destarte, as especiais características da vítima podem converter em não permitido riscos que em relação a outras vítimas estariam permitidos, pois

---

<sup>683</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.165.

<sup>684</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.255.

<sup>685</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.255. DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. *Op.cit.*pp.54-55.

<sup>686</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.75. Como já se procurou demonstrar nesse trabalho, muitos dos casos apontados por Conde-Pumpido como de adequação social do engano são, na verdade, condutas que não causam prejuízo patrimonial.

<sup>687</sup> ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. *Op.cit.*p.160.



as particularidades do disponente podem diminuir os níveis aceitáveis de inexatidão das informações negociais<sup>688</sup>.

Referindo-se especificamente ao pensamento de Pérez Manzano, Hernández Basualto faz precisas críticas ao engano socialmente adequado, compreendido como decorrência de um suposto âmbito de risco permitido. Segundo o autor, somente uma “licença verbal” permitiria equiparar as inveracidades com potencial lesivo em termos econômicos nas transações comerciais com os casos reconhecidos de risco permitido em razão de sua utilidade social. De fato, pode-se reconhecer que as negociações em geral são tão indispensáveis para a vida social quanto o trânsito, por exemplo. Entretanto, não há fundamento algum para se afirmar que, diferentemente do trânsito, as negociações de natureza comercial não precisariam se desenvolver sob a condição de respeito a regulações mais ou menos intensas que buscam, precisamente, limitar os riscos inerentes ao desenvolvimento da atividade social. Em outras palavras, seria um excesso sustentar que não é possível que os contratos econômicos se produzam sem condutas enganosas que provoquem prejuízos patrimoniais alheios, pois não se pode reconhecer utilidade social às inveracidades que resultem em disposições patrimoniais prejudiciais<sup>689</sup>.

#### **4.3.3 Caráter relacional do estelionato**

Diferentemente de outros delitos patrimoniais, o estelionato apresenta um caráter relacional, isto é, tem como nota característica uma contribuição da vítima para a realização do tipo na forma de um ato de disposição patrimonial prejudicial. Tal contribuição é necessária, constitutiva do tipo. Discute-se, nesse tópico, se como decorrência de referida característica podem ser estabelecidos critérios restritivos ao alcance do tipo de estelionato. Tal discussão terá dois eixos, pois, como bem pontua Hernández Basualto, as instituições de parte geral que exibem um paralelismo estrutural com o estelionato são fundamentalmente

---

<sup>688</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.256.

<sup>689</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*pp.15-16.

duas: (I) a autoria mediata, com a peculiaridade de o disponente ser o instrumento, e (II) a chamada autorresponsabilidade da vítima<sup>690</sup>.

#### 4.3.3.1 Estelionato como autoria mediata tipificada

Kindhäuser é o principal nome quando se discute a compreensão do estelionato como uma autoria mediata tipificada. Segundo o autor, há dois pressupostos da autoria mediata: (I) o homem da frente não deve cumprir o elemento objetivo ou subjetivo constitutivo de um determinado fato punível; (II) o homem detrás deve ser responsável precisamente por este defeito do homem da frente com o qual todos os demais pressupostos de responsabilidade devem estar dados<sup>691</sup>.

Quando ao primeiro ponto, explica Kindhäuser que, de acordo com as regras de autoria mediata, são estabelecidos espaços livres de responsabilidade de tal forma que um elemento constitutivo do delito se transmite daquele a quem este elemento não é imputável àquele que deve responder pela infração. Tratando-se de autoria, a condição para esta transferência de “partes do delito” é a falta de responsabilidade por autoria do homem da frente. Isto é, “peças de um comportamento alheio” são incorporadas no fato punível do homem detrás, não porque, como na coautoria, sejam aportadas como objeto de responsabilidade comum em virtude de uma divisão acordada de funções, mas sim porque, livres de responsabilidade por autoria do homem da frente, são compreendidas somente pela responsabilidade por autoria do homem detrás<sup>692</sup>.

Quanto ao segundo ponto, Kindhäuser faz uma pequena digressão. De acordo com o autor, não há, em uma sociedade pluralista e secular, fundamentos substanciais *a priori* para legitimar as normas que regulam o comportamento. O processo democrático de estabelecimento da norma não tem que produzir necessariamente um resultado justo, nem se dar por terminado depois da decisão. A racionalidade da norma é provisória e, por princípio, falível. A democracia somente pode estabelecer os pressupostos para um entendimento que

---

<sup>690</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.21.

<sup>691</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*p.10.

<sup>692</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*pp.12-13.

considere adequadamente os interesses afetados, mas não pode proporcionar compromissos definitivamente vinculantes. Estando o direito ancorado na autonomia comunicativa, o direito legislado é correto em conformidade com o *status quo* do entendimento no discurso. Nesse sentido, a culpabilidade jurídico-penal poderia ser compreendida como déficit de lealdade comunicativa. Consequentemente, defeitos na capacidade comunicativa seriam razões para a exclusão da culpabilidade. O injusto, por seu turno, compreende-se como menoscabo das condições sob as quais podem ser coordenadas as ações conforme a uma orientação ao entendimento<sup>693</sup>. Em outros termos, por um lado, o fato punível é um atentado à esfera jurídica assegurada de outro; por outro, as formas de conduta que não perturbam a integração social assegurada normativamente são irrelevantes jurídico-penalmente. É a imputação objetiva que coloca a questão de se a conduta tem a qualidade de uma perturbação da integração normativo-social. Uma conduta que não afeta as regras de integração social, isto é, que se insere nos parâmetros da coordenação consentida de interesses é irrelevante do ponto de vista penal. A falta de perturbação pode decorrer do fato de a conduta não colocar em perigo direitos alheios, ou do fato de o perigo da conduta ser a contrapartida de uma autorização específica de atuação. Compreendida dessa forma, a imputação objetiva limita de modo significativo o campo da potencial autoria mediata ao reconhecer a autorresponsabilidade como o outro lado da moeda da liberdade. De acordo com as regras de autoria mediata, conclui Kindhäuser, o homem detrás preenche o déficit do delito do homem da frente, quando, ao atuar com esse déficit, cria um risco não permitido<sup>694</sup>. Kindhäuser concebe o engano como o modo pelo qual o autor do delito instrumentaliza a vítima para que esta realize uma disposição patrimonial prejudicial. Desde a perspectiva da imputação objetiva, o engano designa a responsabilidade do autor pelo risco de erro da vítima<sup>695</sup>.

Kindhäuser apresenta as três principais críticas à concepção do estelionato como autoria mediata tipificada, refutando-as. Uma primeira crítica seria a afirmação de que a autoria mediata trata principalmente de definir os critérios de repartição do domínio entre o

---

<sup>693</sup> KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: BdeF, 2011, pp.93-106.

<sup>694</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*pp.19-21. Ver também: DIAS, Augusto Silva. *Imputação objectiva de negócios de risco à acção de infidelidade*. Coimbra: Almedina, 2018, p.35.

<sup>695</sup> Cf. IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Estafa por omisión*. El engaño y la infracción de deberes de información. Barcelona: Atelier, 2018, p.37.

homem detrás e o homem da frente, ao passo que, no estelionato, são realizadas considerações acerca do merecimento e da necessidade de proteção da vítima, da liberdade de ação do autor e da delimitação de esferas de responsabilidade. A resposta a esta crítica passa pela afirmação de que recorrer à autoria mediata não significa prescindir das considerações de merecimento e necessidade de proteção da vítima, da liberdade de ação do autor e da delimitação de esferas de responsabilidade. A objeção, segundo Kindhäuser, não é contra a interpretação do estelionato como autoria mediata tipificada, mas sim uma interpretação geral da autoria mediata que desconhece a necessária estruturação dessa forma de autoria com ajuda de critérios de imputação objetiva. A separação de esferas de liberdade e a competência pelo comportamento alheio são precisamente as questões decisivas da autoria mediata, e o fato de que se tornem candentes no âmbito do estelionato demonstra que existe uma relação entre este delito e a autoria mediata<sup>696</sup>.

Uma segunda crítica iria no sentido de que o recurso à autoria mediata na interpretação do estelionato corre o risco de esgotar desde o princípio as questões valorativas do elemento erro, pois na interpretação desse elemento se trata também da determinação do alcance da proteção de bens e não somente da imputação de um comportamento da vítima, já desaprovado, ao homem detrás como autoria mediata. Assim, deveria fracassar, por falta de erro sobre a autolesão, os casos de estelionato de doações (*e.g.*, o falso mendigo) – um resultado indesejável que teria que ser corrigido de novo, por meio de uma interpretação extensiva do conceito de prejuízo (frustração do fim social). Kindhäuser rechaça a objeção, afirmando que com o recurso à autoria mediata não se substitui a questão do alcance da proteção do bem jurídico por um juízo de imputação, pois neste último juízo podem ser levados em conta perfeitamente as considerações valorativas relacionadas com o alcance da proteção do bem jurídico, em concreto, ao decidir qual deve ser o conteúdo do erro<sup>697</sup>.

A terceira crítica é a de que é pressuposto da autoria mediata que o homem detrás possa ser apenado quando atue ele mesmo no lugar do homem da frente, isto é, o homem detrás pode ser punido se fizer o que faz o homem da frente. Assim, no estelionato não haveria esse pressuposto, visto que não existe um delito que proíba o comportamento da

---

<sup>696</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*p.22. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.126-127.

<sup>697</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*pp.22-23. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.126-127.

vítima do estelionato<sup>698</sup>. Com efeito, admite Kindhäuser, não existe delito que sancione o prejuízo do patrimônio alheio de forma global. Contudo, em nenhum lugar se encontra escrito que a figura de imputação da autoria mediata pressuponha a existência de um delito formulado explicitamente, isto é, a forma de imputação prescinde de um delito específico. E assim se entende a tese do estelionato como autoria mediata tipificada: a relação entre autor e vítima do engano deve determinar-se no estelionato de acordo com os critérios segundo os quais o comportamento do homem da frente pode ser imputado ao homem detrás como próprio em autoria mediata<sup>699</sup>.

Embora haja divergências<sup>700</sup>, parece claro que a compreensão do estelionato como uma autoria mediata tipificada tem mais uma função de descrever estruturalmente o delito do que criar restrições ao tipo penal. Conforme afirma Pastor Muñoz, compreender o delito como uma forma de autoria mediata não implica a proposição de substituição do juízo de tipicidade por critérios de instrumentalização da autoria mediata. Efetivamente, segue a autora, sem critérios materiais, a estrutura de autoria mediata não tem capacidade de dar resposta aos questionamentos acerca dos limites da tipicidade. Portanto, ao invés de solucionar os problemas do alcance do tipo penal, o recurso à autoria mediata tem a função de “etiquetar a estrutura peculiar deste delito”<sup>701</sup>.

#### 4.3.3.2 Autorresponsabilidade da vítima

Se a compreensão do estelionato como autoria mediata tipificada tem um aspecto mais formal ou estrutural, há um segundo lado, com implicações de ordem material, do caráter relacional do referido delito. Reconhece-se que a vitimodogmática contribuiu para uma mudança de perspectiva na concepção do delito, pois a vítima deixa de ser contemplada

---

<sup>698</sup> Cf. ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op.cit.*pp.426-430.

<sup>699</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*pp.22-24. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. *Op.cit.*pp.126-127.

<sup>700</sup> Cf. GALLEGOS SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.545, nota 51.

<sup>701</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. *Op.cit.*p.78, nota 34. Em sentido semelhante, Izquierdo Sánchez entende que da concepção de estelionato como autoria mediata tipificada não se extraem elementos ou critérios para definir os limites do comportamento típico, nem o sentido jurídico-penal do conceito de engano. IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*p.61.

como objeto sobre o qual se projeta o comportamento do autor, passando a ser compreendida como pessoa que pode contribuir para a configuração do delito. Entretanto, por uma “crise de fundamentos”, a vitimodogmática teria perdido seu protagonismo, passando a integrar análises mais amplas no âmbito da imputação objetiva, notadamente sob o critério de fim de proteção da norma<sup>702</sup>.

O tema da autorresponsabilidade ou dos deveres de autoproteção abarca a questão sobre até que ponto o comportamento da vítima, de importância fundamental no estelionato, pode distorcer ou não os critérios para imputação do prejuízo ao autor do comportamento enganoso. De fato, a autorresponsabilidade estabelece que, a princípio, a própria pessoa é responsável por seus atos. Desta premissa, nos casos em que a vítima tenha contribuído para seu próprio prejuízo, parte a discussão sobre se e em que medida a contribuição pode eliminar a responsabilização do autor, isto é, de quem pratica uma conduta enganosa<sup>703</sup>.

A referida discussão acerca dos deveres de autoproteção da vítima remete às questões sobre se deve o direito penal proteger o patrimônio de quem não adota mecanismos primários de proteção, sobre se a vítima teria uma obrigação jurídico-penalmente exigível de articular tais mecanismos, e, principalmente, como seria possível fundamentar dogmaticamente tal sistema de deveres a partir dos critérios tradicionais de imputação objetiva<sup>704</sup>. Parte da doutrina entende que não se pode punir por estelionato (ao menos consumado) os casos em que apesar da existência de um engano idôneo, o prejuízo não pode ser atribuído ao comportamento enganoso, mas sim à falta de diligência da vítima<sup>705</sup>, visto que não seria inexigível uma mínima energia dirigida à autodefesa, quando seja facilmente evitável o fato punível com um comportamento tendente à evitação da lesão ao bem jurídico<sup>706</sup>. Todavia,

---

<sup>702</sup> GERMÁN ELIA, Daniel. Autorresponsabilidad de la víctima e imputación objetiva. Implicancias en el delito de estafa. *Revista de Derecho Penal*. n. 2, 2015, p.146. PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. *Op.cit.*p.71. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*pp.25 e ss. Ver también: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.166. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.137.

<sup>703</sup> BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena? *Revista de Estudios de la Justicia*, n°12, 2010, pp.366-367. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.22. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.39.

<sup>704</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*pp.531-532.

<sup>705</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.262.

<sup>706</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.126.

se, por um lado, parte da doutrina reconhece que o fim de proteção da norma penal que protege o patrimônio deve levar em consideração na interpretação sistemática do tipo o princípio da autorresponsabilidade na proteção do (próprio) patrimônio e a corresponsabilidade da vítima, por outro, questiona-se em que medida é exigível ao sujeito passivo adotar ditas medidas de autoproteção, pois a regra geral no âmbito penal deve ser precisamente a de inexigibilidade da adoção de mecanismos de autotutela. Dessa forma, o grande problema dessa questão é a configuração de critérios de exigibilidade de ditos mecanismos e a definição de seus limites<sup>707</sup>. E as respostas de como se concretizariam esses deveres variam de autor para autor.

Peréz Manzano<sup>708</sup> entende que a contribuição da vítima, sob a perspectiva do fim de proteção da norma, pode ser analisada sob três aspectos. Primeiramente, as intervenções levemente imprudentes da vítima, que nada mais são do que as disposições patrimoniais em que a vítima tenha dúvidas sobre a veracidade do que o autor afirma. Esta problemática já foi apresentada neste trabalho no tópico 4.1.2. Um segundo aspecto diz respeito às intervenções dolosas da vítima. A autora exemplifica o que seria uma intervenção dolosa da seguinte forma: A vende seu carro a seu amigo B, adulterando a quilometragem do veículo e, conseqüentemente, obtendo um valor maior do que o preço de mercado. Contudo, B descobre o engano, mas decide realizar o negócio mesmo assim, pois conhece a má situação econômica de A. Se o engano for compreendido como idôneo, haverá apenas tentativa de estelionato, não consumação, visto que o ato de disposição não foi realizado por erro. Haverá uma “interferência dolosa da própria vítima” que faz com que o prejuízo derivado do ato de disposição patrimonial fique fora do âmbito de proteção da norma tipificadora do estelionato. Não há mais que um ato de liberalidade da vítima, um exercício legítimo de sua liberdade de disposição patrimonial<sup>709</sup>. Por fim, há as intervenções gravemente imprudentes da vítima, o que configuraria uma negligência na autoproteção do próprio patrimônio<sup>710</sup>.

---

<sup>707</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.552.

<sup>708</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*pp.258-259.

<sup>709</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.261. Vale pontuar que o exemplo da autora é bastante semelhante ao já citado caso do “instrumento doloso”, exposto por Gallego Soler. O autor entende que a conclusão pela não configuração do estelionato, contudo, decorre da peculiaridade estrutural do estelionato, qual seja, de autoria mediata tipificada. Ver: GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. *Op.cit.*pp.474-476. GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.545.

<sup>710</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*pp.262 e ss.

Quanto a este último aspecto, a autora entende que a imputação objetiva deve ser excluída em quatro hipóteses<sup>711</sup>. Primeiramente, nos negócios de risco calculado ou especulativo, como seria o caso da concessão de crédito sem a comprovação da situação patrimonial do solicitante – o que abarcaria, de acordo com a autora, os casos de entrega de cartões de crédito em circunstâncias semelhantes<sup>712</sup>. Uma segunda hipótese de exclusão de imputação abarca as relações jurídico-econômicas entre comerciantes, pois os níveis de diligência exigidos neste campo são maiores<sup>713</sup>. A terceira hipótese apontada por Pérez seria a utilização abusiva de cartões de crédito pelo próprio titular, visto que tal uso abusivo somente seria possível com uma atuação negligente do comerciante ou da entidade emissora, os quais poderiam facilmente evitar o prejuízo com uma mínima diligência. Por fim, a autora apresenta uma espécie de cláusula geral de exclusão de imputação: casos de excessiva comodidade da vítima, nos quais o prejuízo poderia ser evitado com um mínimo de cuidado na interação negocial. Conclui a autora afirmando que, se o estelionato pode funcionar como um tipo penal de reserva que sanciona penalmente inadimplementos contratuais ou operações mercantis arriscadas, o critério do âmbito do tipo de estelionato, com as restrições da imputação nos casos de possibilidades de autoproteção da vítima, pode servir para restringir a sanção penal por delito consumado e obrigar o legislador penal a pronunciar-se expressamente sobre as novas formas de delinquência no âmbito econômico<sup>714</sup>.

Gallego Soler também entende que definir o fim de proteção da norma é fundamental para delimitar o âmbito típico do estelionato<sup>715</sup>. Segundo o autor, a imputação do resultado faltará nos casos em que o sujeito passivo não utilizar os mecanismos de autoproteção que o ordenamento jurídico coloca a seu alcance<sup>716</sup>. Contudo, não se pode exigir que em qualquer transação jurídico-econômica o agente econômico deva efetuar uma pormenorizada e exaustiva análise de todos os riscos possíveis, pois isto paralisaria o sistema econômico e,

---

<sup>711</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*p.263.

<sup>712</sup> Cf. GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.533.

<sup>713</sup> A propósito, ver: DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. La estafa sobre datos registrales. *Op.cit.*p.4.

<sup>714</sup> PERÉZ MANZANO, Mercedes. *Op.cit.*pp.263-264. Nesse sentido, ver as considerações de Hillenkamp acerca da vitimodogmática como princípio de orientação legislativa: HILLENKAMP, Thomas. *Op.cit.*pp.605-606.

<sup>715</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.551.

<sup>716</sup> GALLEGO SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.553.



consequentemente, o social. O grau de diligência exigível estará indefectivamente em função da posição ocupada no tráfico jurídico. Efetivamente, não se pode exigir o mesmo nível de diligência a um cidadão qualquer em uma transação comercial entre particulares, e entre comerciantes ou entidades financeiras, ou entre particulares e entidades financeiras. Em síntese, os limites dos deveres de autoproteção devem ter em conta o critério do risco permitido, cujos umbrais variarão a depender do setor econômico e jurídico<sup>717</sup>.

A principal referência quanto aos deveres de autoproteção da vítima, ao menos na doutrina de língua espanhola, é Choclán Montalvo. Segundo o autor, o tipo penal de estelionato protege o patrimônio na medida em que seu titular tenha observado o comportamento exigível para a proteção de seus bens, mas não nos casos em que não se verifique a observância dos deveres primários de autotutela. Dessa forma, na medida em que o erro do sujeito passivo, em atenção às circunstâncias do caso concreto, às relações entre autor e vítima e às circunstâncias subjetivas desta última, resulte evitável com uma mínima diligência e seja exigível sua evitação, não se poderá falar de engano típico e, consequentemente, não pode ser imputado o erro à prévia conduta enganosa, quebrando-se a relação de risco<sup>718</sup>.

Reconhece Choclán Montalvo a existência uma margem em que está permitido à vítima um relaxamento de seus deveres de autoproteção, pois, se não fosse assim, haveria a imposição geral do princípio da desconfiança nas interações jurídicas, o que contrariaria a agilidade do sistema de intercâmbio de bens e serviços da atual realidade econômica. O âmbito do risco permitido dependerá do que seja adequado no setor em que se opere, e dentre outras circunstâncias, da importância das prestações a que se obriga cada parte, das relações que ocorrem entre as partes contratantes, das circunstâncias pessoais do sujeito passivo, da capacidade para autoproteção e da facilidade do recurso às medidas de autoproteção<sup>719</sup>. Tendo isso em vista, a questão de quando seria exigível um comportamento tendente a evitar o erro variará segundo as circunstâncias do caso, de acordo com as pautas sociais na situação concreta, e em função das relações entre o sujeito ativo e o prejudicado, assim como

---

<sup>717</sup> GALLEGÓ SOLER, José Ignacio. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*pp.554-556.

<sup>718</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.138.

<sup>719</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección: una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*. n. 2, 1999, p.61.

da capacidade individual do sujeito em vista à evitação do dano. O autor procura estabelecer três critérios gerais para fundamentar a exigibilidade do uso de mecanismos de autoproteção por parte da vítima.<sup>720</sup> Em primeiro lugar, é exigível quando a norma imponha de forma expressa o cuidado devido<sup>721</sup>. O autor exemplifica esse critério ao analisar a decisão do Tribunal Supremo espanhol de 29 de outubro de 1998. O caso, resumidamente, tratava-se de uma mulher que se passou pela própria sogra para fazer vultosas retiradas bancárias. Acontece que a mulher apenas declarou ter outra identidade e falsificou a assinatura. A instituição bancária não exigiu (contrariando normativas) a apresentação de documento com foto, nem mesmo conferiu a autenticidade da assinatura. O tribunal espanhol entendeu, corretamente, na opinião do autor, que este caso não configura estelionato, pois o engano não foi suficiente nos termos do tipo penal, visto que a observância das diligências necessárias teria sido suficiente para a proteção dos fundos depositados<sup>722</sup>. Em segundo lugar, a exigibilidade de mecanismos de autoproteção dependerá da acessibilidade da informação verdadeira, isto é, de que a realidade seja acessível para a vítima, por exemplo, quando a informação conste em registros públicos. A acessibilidade também vai depender da capacidade individual do sujeito passivo, de modo que não devem ficar desprotegidos os sujeitos mais débeis ou com capacidade intelectual inferior. Por fim, a exigibilidade depende de se o sujeito passivo tinha ou não motivos para duvidar da veracidade da informação que lhe era proporcionada pelo sujeito ativo<sup>723</sup>.

O engano típico seria aquele que é capaz de vencer os mecanismos de autoproteção que são exigíveis da vítima. A exigibilidade, como indicado no parágrafo anterior, deve ter um componente individualizador. Assim, não seria suficiente para a configuração do estelionato o engano quando em atenção aos conhecimentos especiais ou capacidade individual da vítima o dano seria facilmente evitável; em sentido inverso, o engano seria suficiente quando, apesar de ser detectado pelo homem médio, a capacidade individual do enganado não permitiria evitar facilmente o prejuízo. Para apresentar seu pensamento em relação à questão, Choclán propõe dois planos de análise: o risco e a relação de risco. Com efeito, a capacidade do engano para produzir erro depende de que a conduta do autor comporte um risco tipicamente relevante de produção do resultado de lesão do bem jurídico

---

<sup>720</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.139.

<sup>721</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.139.

<sup>722</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Engaño bastante y deberes de autoprotección. *Op.cit.*p.59.

<sup>723</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.139.

protegido. Mas apenas isso não seria suficiente para responsabilização por estelionato. De fato, dois momentos distintos devem ser observados para efeitos de imputação: (I) a idoneidade do engano em si mesmo considerado, isto é, avaliada à margem das capacidades da vítima, o que se relaciona diretamente com a problemática da criação de um risco juridicamente desaprovado; (II) a relevância, para efeitos de imputação, do comportamento negligente da própria vítima. É precisamente quanto a esse segundo ponto que se deve decidir sobre a adoção de um parâmetro objetivo ou subjetivo de avaliação da negligência da vítima. Dessa forma, pode-se dizer que o engano tem um duplo requisito: (a) como adjetivo da conduta, o engano deverá criar um risco não permitido de prejuízo patrimonial alheio; (b) em relação ao comportamento da vítima, o engano somente será típico quando a vítima não possa evitar seu próprio erro, apesar de ter se comportado de acordo com as pautas sociais e sua capacidade em relação ao cuidado dos seus próprios bens<sup>724</sup>.

A partir dos planos propostos, o autor distingue três níveis distintos de análise. Em um primeiro nível (I), há o âmbito do risco permitido, isto é, determinadas deformações da verdade que são toleradas no tráfico jurídico por serem socialmente úteis, tornando a conduta juridicamente permitida. Em um segundo nível (II), há os casos de enganos insuficientes, isto é, um comportamento enganoso desvalorado pelo direito que pode resultar atípico porque a vítima poderia ter evitado o resultado, caso tivesse agido com a diligência que lhe era exigível em atenção a suas circunstâncias pessoais. Por fim, em um terceiro nível (III), há os comportamentos materialmente insignificantes, que seria o engano não tolerado pelo direito, porque não persegue qualquer fim socialmente útil, e que, no caso concreto, em atenção às circunstâncias pessoais da vítima e suas possibilidades de autotutela seria suficiente para produzir erro, mas apresenta um escasso conteúdo de injusto para justificar a reação penal. O autor chama a atenção para os níveis I e III, pois seriam essencialmente casos em que a valoração do engano em termos objetivos incide na tipicidade do comportamento enganoso, para justificar posteriormente o porquê de se adotar adicionalmente um elemento individualizador na valoração de suficiência do engano. Dessa forma, sintetiza o autor, impõe-se a realização de um duplo juízo valorativo: primeiramente, deve-se determinar se o engano é objetivamente suficiente, negando-se tal característica nos casos em que o engano seja tolerado ou seja materialmente insignificante; em segundo lugar,

---

<sup>724</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. Op.cit.pp.149-150.

passando pelo crivo objetivo, o juízo de tipicidade requer ainda a valoração acerca da possibilidade de a vítima evitar o prejuízo por meio da adoção de uma diligência exigível<sup>725</sup>.

Os níveis I e III referidos tratam, respectivamente, das situações de engano atípico por adequação social da conduta e de atipicidade por insignificância do comportamento<sup>726</sup>. Tendo em vista que a chamada adequação social do engano foi tratada no tópico 4.3.2.2, passa-se a apresentar o posicionamento de Choclán Montalvo acerca dos enganos atípicos por serem materialmente insignificantes. Seriam os casos em que a tutela penal seria desnecessária, porque, em geral, o comportamento do sujeito ativo não induz a erro, não apresenta um suficiente conteúdo de injusto, ainda que com o engano não se persiga uma finalidade socialmente útil. São condutas que somente produzem erro nos mais ingênuos ou especialmente vulneráveis. Segundo o autor, nesses casos, o engano pode ser suficiente para produzir erro em outra pessoa, em decorrência das peculiaridades pessoais desta. Haveria, portanto, a criação de riscos que não podem ser valorados positivamente pelo direito. Todavia, a renúncia à proteção penal teria como fundamento o princípio da proteção subsidiária, segundo o qual a intervenção penal deve ser restrita aos casos mais graves de perturbação do sentimento de segurança por parte da sociedade<sup>727</sup>.

O autor exemplifica o que seria um engano materialmente insignificante com o chamado “estelionato do mendigo”<sup>728</sup>. Dessa forma, quem falsamente se faz passar por uma pessoa em sérias dificuldades de subsistência, simula enfermidades, aproveitando-se do sentimento alheio de piedade, realizaria uma conduta enganosa e eticamente reprovável, porque quem se vale do engano para excitar a compaixão do próximo não pode pretender que sua conduta seja compreendida como necessária para o normal desenvolvimento social. Entretanto, precisamente por, em geral, não produzir erro, e, na maioria dos casos, existir uma “vítima voluntária”, predisposta a ser “enganada”, o direito penal não deveria intervir<sup>729</sup>. Igual tratamento, prossegue Choclán Montalvo, deveriam receber os casos análogos de pessoas especialmente sugestionáveis, devido, por exemplo, a uma situação de debilidade emocional, o que impediria um raciocínio mais crítico por parte da vítima. Seriam

---

<sup>725</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.150-151.

<sup>726</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.151-152.

<sup>727</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.152-153.

<sup>728</sup> Discordando, portanto, da opinião de Conde-Pumpido, o qual entende tal conduta como um caso de engano socialmente adequado. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Op.cit.*p.77.

<sup>729</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.153.

os casos de quem paga por serviços mágicos, previsões de futuro, curas milagrosas, entre outros<sup>730</sup>.

Por fim, o autor encerra a discussão acerca dos deveres de autoproteção da vítima ao indicar que para a determinação do grau de evitabilidade do dano patrimonial mediante um comportamento adequado de autotutela deve-se adotar um parâmetro individualizador. Esclareça-se que, neste ponto, Choclán Montalvo trata dos comportamentos que extrapolam o risco permitido, discutindo se, a despeito da extrapolação, são ou não suficientes para configurar um engano típico. O autor reafirma sua posição de que o direito penal somente deve proteger quem minimamente protege a si próprio. Todavia, ao se exigir um parâmetro individualizador, evita-se que, perante comportamentos enganosos, fiquem desprotegidos os sujeitos mais vulneráveis, visto que deles se exige em menor medida a evitação do prejuízo e, por essa razão, o *quantum* de engano para configuração de um engano típico diminui correlativamente. Portanto, conclui, a figura do *bonus pater familiae* não cumpre qualquer função na interpretação do estelionato, a não ser que se aceite um “excesso de desumanizado formalismo”<sup>731</sup>.

As principais críticas dirigidas aos deveres de autoproteção da vítima são, essencialmente, as objeções dirigidas às construções vitimodogmáticas. De fato, pode-se ignorar que, ao se tratar do tema da autorresponsabilidade, são utilizadas regras de imputação pensadas para delitos de heterolesão, as quais não poderiam ser transpostas para a interpretação do tipo de estelionato, delito de autolesão por excelência<sup>732</sup>, a não ser que tais regras sejam compreendidas apenas como regras de comportamento que configuram o tipo de estelionato, o que, a rigor, transforma a problemática em uma discussão exclusiva de parte especial<sup>733</sup>. Ignorando-se este ponto, a invocação do princípio da subsidiariedade para a delimitação do alcance do tipo de estelionato deveria conduzir a uma restrição, com

---

<sup>730</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*p.153. Curiosamente, os casos citados por Choclán são discutidos por Antón Oneca e Bajo Fernández no tópico do erro. Segundo os autores, em casos dessa espécie, como o pagamento de curandeiros, não haveria erro, pois a conduta da vítima, em geral, seria motivada por crenças prévias. Assim, não constituiria estelionato o mero aproveitamento das superstições alheias, a não ser que se realizem atividades enganosas suficientes (*i.e., mise-en-scène*) para manter uma falsa crença. ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.92. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*pp.47-48.

<sup>731</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. *Op.cit.*pp.154-155.

<sup>732</sup> Cf. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.24. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op.cit.*p.21.

<sup>733</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.24.

fundamento no mesmo princípio, a outros delitos, não só de natureza patrimonial. Nesse sentido, Rojas Aguirre afirma inexistir qualquer fundamento em um Estado de Direito para se exigir observância a supostos deveres de autoproteção. Segundo o autor, posicionamentos que defendem tais deveres incorrem no erro metodológico ao atribuir a um princípio que tem como função restringir o uso das sanções penais quando disponíveis outras ferramentas *estatais* para proteção de bens jurídicos<sup>734</sup>.

Ademais, a discussão acerca da possibilidade de adoção de mecanismos de autoproteção deveria estar superada em um contexto em que a vítima age em erro<sup>735</sup>. Por essa razão, afirma Hernández Basualto, se ainda assim se segue levantando o argumento do princípio da subsidiariedade, tal argumentação teria um sentido diferente, não relacionado, efetivamente, nem com o caráter relacional do estelionato, nem com o princípio da autorresponsabilidade. Seria apenas uma defesa de caráter político-criminal de que as vítimas de estelionato merecem uma proteção menor do que a dispensada às vítimas de outros delitos<sup>736</sup>.

#### 4.3.4 Violação do direito à verdade

A doutrina reconhece três modalidades de engano: o expresso, o concludente e o omissivo. Os dois primeiros tipos constituem a categoria dos enganos ativos. Com efeito, o engano ativo é aquele que (I) é concebido como influxo criador de uma falsa representação no enganado, ou (II) é caracterizado como efeito de uma conduta enganosa com valor declarativo<sup>737</sup>. Dessa maneira, o engano ativo consiste na comunicação de uma mensagem relevante para a disposição patrimonial. Por sua vez, o engano por omissão consiste precisamente na não comunicação de uma mensagem relevante para a decisão acerca da

---

<sup>734</sup> ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op.cit.*p.429.

<sup>735</sup> ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op.cit.*p.429. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.26.

<sup>736</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.26.

<sup>737</sup> IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*pp.32-34 e 53. MAYER FUX, Laura. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa: una distinción necesaria. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 26, 2016, p.297.

disposição patrimonial, em um contexto em que seria exigível a declaração, ou o esclarecimento<sup>738</sup>.

O engano ativo é uma afirmação falsa acerca de determinadas circunstâncias. Pode ser, nas palavras de Mayer Fux, comparado a uma assertiva contrária à verdade. Efetivamente, quem realiza a afirmação transmite a seu interlocutor uma mensagem de que acredita que o afirmado corresponde à realidade. Esta mensagem permite que o receptor baseie sua decisão acerca da disposição patrimonial na crença de que o afirmado é certo. Contudo, o emissor da mensagem transmite uma convicção que ele próprio não tem, isto é, ele não crê que sua assertiva seja verdadeira. De fato, enganar implica precisamente comunicar uma convicção que não se tem e que se opõe ao conteúdo da proposição realizada<sup>739</sup>. O engano ativo expresso, portanto, consiste na realização de uma afirmação falsa em termos diretos ou explícitos, podendo-se manifestar por via de linguagem oral, escrita ou gestual<sup>740</sup>.

O engano concludente, por sua vez, supõe a realização de uma afirmação falsa em termos indiretos ou implícitos, cuja existência somente pode ser compreendida em virtude de um processo dedutivo, o qual tenha em conta os elementos que definem a relação negocial em questão<sup>741</sup>. O fato de o engano se concretizar por via do silêncio não é suficiente para descaracterizar o caráter ativo (isto é, não omissivo) do engano<sup>742</sup>, visto que o silêncio pode ser uma forma de manifestação de vontade, a depender, por exemplo, da existência de relações negociais anteriores e continuadas entre as partes, dos comportamentos habituais das partes e dos usos do tráfico jurídico<sup>743</sup>. O caso paradigmático de engano concludente é o estelionato de consumo<sup>744</sup>.

---

<sup>738</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.1027-1028.

<sup>739</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.1029-1030.

<sup>740</sup> MAYER FUX, Laura. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa. *Op.cit.*p.308. MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*p.1031.

<sup>741</sup> MAYER FUX, Laura. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa. *Op.cit.*p.309.

<sup>742</sup> SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Op.cit.*p.72.

<sup>743</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 39, 1986, p.866. Acerca do silêncio como declaração de vontade no direito civil, ver: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.129 e ss.

<sup>744</sup> ANTÓN ONECA, José. *Op.cit.*p.90. O artigo 176 do Código Penal brasileiro prevê a conduta de “Tomar refeição em restaurante, alugar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento”. A pena prevista é muito menor do que a de estelionato (máximo de dois meses, ou

O engano concludente, em geral, será produzido via determinado comportamento, com ou sem emprego de linguagem oral ou escrita, do qual se possa extrair a existência ou inexistência de determinado fato. A rigor, este comportamento não constitui o engano; apenas possibilita sua execução<sup>745</sup>. A conduta enganosa pode ser a manutenção do silêncio quando este esteja inserido em um comportamento complexo positivo, no qual a omissão importa menos do que a ação concludente que a conduta supõe. Assim, o silêncio será concludente se, tendo em vista, por exemplo, os usos do tráfico jurídico, adquirir uma “significação enganosa evidente”<sup>746</sup>. Dessa forma, reconhece-se como um engano concludente a conduta de quem não paga após pedir comida em um restaurante, ou entrar em um táxi e indicar seu lugar de destino, pois tais comportamentos indicam vontade e capacidade de pagar pelo serviço prestado, sendo irrelevante uma declaração falsa no sentido de que a obrigação será adimplida no momento correto, pois o interlocutor (garçom ou taxista, nos exemplos citados), atendendo aos elementos próprios da relação negocial, partirá da premissa de que o pagamento será realizado conforme é habitual neste tipo de negócio<sup>747</sup>.

Destarte, as circunstâncias que definem a relação negocial são o critério para a configuração do engano concludente. Para se estabelecer quais elementos definem uma relação negocial e que, portanto, serão concludentemente afirmados, deve-se levar em consideração a normativa jurídica e extrajurídica que rege a interação, bem como as implicações comunicativas de determinadas condutas<sup>748</sup>. Efetivamente, dependendo do contexto em que se desenvolve a interação comunicativa, o receptor do engano concludente deve considerar o tipo da relação e, para retomar o vocabulário de Bruner, qual seu *script*. Por exemplo, quem efetua uma aposta pressupõe que os elementos característicos da aposta estarão presentes; assim, imagina que haverá influência do acaso no desfecho do negócio e que as probabilidades dos resultados não foram manipuladas<sup>749</sup>.

---

multa), havendo possibilidade de, a depender das circunstâncias, não se aplicar a punição. O estelionato de consumo, por sua vez, seria a situação em que há recursos, mas o agente não paga pelo serviço.

<sup>745</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*p.1032.

<sup>746</sup> VALLE MUÑIZ, José Manuel. Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa. *Op.cit.*p.867.

<sup>747</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*p.1032.

<sup>748</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*p.1034.

<sup>749</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.1034-1035. KUBICIEL, Michael. Wetten und Betrug – Zur konkludenten Täuschung. Anmerkungen zur Entscheidung BGH 5 StR 181/06 v. 15. Dezember 2006, HRRS Nr. 2007 Nr. 1 – „Hoyzer“-Fall. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.2, 2007, pp.69-70.



Por sua vez, o engano por omissão consiste na ausência de uma afirmação verdadeira devida, supondo, portanto, a construção de um tipo omissivo de estelionato a partir do tipo ativo previsto em lei. Tal construção corresponde a uma hipótese denominada comissão por omissão ou omissão imprópria. E, dessa forma, requer fundamentalmente a presença de uma fonte da posição de garante, assim como uma equivalência valorativa entre a ação e a omissão<sup>750</sup>. Entretanto, a posição de garante de que se trata no engano omissivo do estelionato não é a de evitação do resultado típico (prejuízo patrimonial), mas sim a de evitar o erro, o passo intermediário no desenvolvimento da tipicidade do estelionato<sup>751</sup>.

O reconhecimento do engano omissivo típico enfrenta alguma resistência na doutrina. Por um lado, afirma-se que, em face do menor desvalor da conduta omissiva, o engano por omissão deveria ficar restrito ao âmbito civil<sup>752</sup>. Por outro lado, reconhece-se que a distinção entre engano ativo e omissivo implica diferenciar entre duas classes de normas: proibições e mandados<sup>753</sup>. Entre estes tipos de normas há uma diferença de ordem temporal, pois uma proibição transgredida foi, irremediavelmente, transgredida, ao passo que, uma determinação não cumprida pode-se ainda cumprir<sup>754</sup>. Haveria, no estelionato, um “óbice cronológico” à configuração do comportamento típico via omissão. A ideia central da objeção é a de que o engano deve provocar o erro e, conseqüentemente, a disposição patrimonial. Com o erro prévio, não haveria possibilidade de engano típico. Entretanto, esta argumentação, no limite, deveria concluir que também não haveria engano típico em condutas positivas nas hipóteses em que a vítima tenha uma representação errônea da realidade anterior à conduta enganosa do autor, desde que o comportamento deste tenha um conteúdo coincidente com a representação equivocada. Nesse sentido, exemplifica Pérez del Valle: A tem a ideia de que um terreno X tem petróleo em seu subsolo; B, dono do terreno, já havia encomendado um estudo para saber se havia efetivamente petróleo no local, obtendo uma resposta negativa; A pretende adquirir o terreno de B; este último, sabendo da crença do primeiro, afirma que há elevadas probabilidades de que o terreno seja rico em petróleo.

---

<sup>750</sup> MAYER FUX, Laura. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa. *Op.cit.*p.313.

<sup>751</sup> PÉREZ DEL VALLE, Carlos. El engaño omisivo en la estafa. *Cuadernos de política criminal*. n.59, 1996, p.377.

<sup>752</sup> Cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. *Op.cit.*p.74.

<sup>753</sup> MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.1030-1031.

<sup>754</sup> PHILIPPS, Von Lothar. Teoria das normas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.355-356.

O engano, neste exemplo, é ativo e exposto, porém a representação errônea era preexistente à manifestação enganosa de B. Dessa forma, seguindo a mesma linha de raciocínio dos defensores do óbice cronológico, não haveria engano típico, visto que o erro não tem origem no comportamento fraudulento do agente. O óbice cronológico implica que o patrimônio está submetido a um risco e que não existe interferência causal que conduza à piora de sua situação. Dessa maneira, os partidários da crítica cronológica recorrem à limitação de situações de comportamento omissivo sem outra razão que a de aplicar um critério que não seria admissível em um comportamento ativo equivalente, como evidencia o caso citado do falso campo de petróleo<sup>755</sup>.

Embora também exista para os casos de engano mediante comportamento ativo, a necessidade de oferecer critérios normativos para estabelecer qual inveracidade será relevante tipicamente fica particularmente evidente nos casos de estelionato por omissão<sup>756</sup>. Por essa razão, a doutrina se esforça para desenvolver uma dogmática sofisticada do engano concludente, a fim de encontrar uma alternativa ao “pantanosos terreno da omissão imprópria” e, conseqüentemente, das fontes da posição de garante e da cláusula de equivalência entre omissão e ação<sup>757</sup>. De toda forma, o recurso aos chamados deveres de veracidade – como pressuposto para configuração do engano típico, cujo fundamento estaria não na causação do erro, mas no dever de evitá-lo – serve também para estabelecer uma base conceitual comum para todas as formas de engano, o que permitiria a superação das justificações heterogêneas e potencialmente contraditórias das formas de engano reconhecidas<sup>758</sup>. A seguir serão apresentadas as principais concepções de engano típico a partir da noção de infração de dever de veracidade<sup>759</sup>.

---

<sup>755</sup> PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Op.cit.*p.381. Ver também: IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*p.70.

<sup>756</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*. nº 1, 2010, p.44.

<sup>757</sup> MAYER FUX, Laura. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa. *Op.cit.*p.305.

<sup>758</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.35, nota 127.

<sup>759</sup> Segue-se o rol elencado por IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*pp.37 e ss.

#### 4.3.4.1 O engano típico em Urs Kindhäuser

O pensamento de Kindhäuser acerca do engano típico como uma lesão do direito à verdade pode ser dividido em dois momentos. Na década de 1990, o autor apresentou sua concepção de direito à verdade e os correlatos deveres de veracidade. Mediante engano, o autor do estelionato utilizaria para seus interesses um fragmento de liberdade que foi subtraído da vítima. Tal concepção se insere na compreensão do estelionato como delito contra o patrimônio e a liberdade de disposição. Dessa forma, a infração de um dever de veracidade converte-se em título normativo que determina a responsabilidade do autor pelo ato de disposição da vítima. Em um segundo momento, Kindhäuser passa a compreender o delito como uma autoria mediata tipificada. No marco dessa nova concepção, a lesão do direito à verdade serve para estabelecer a existência de uma instrumentalização da vítima. Assim, Kindhäuser abandona a concepção anterior, passando a entender o estelionato como um delito apenas patrimonial, sendo a liberdade de disposição um elemento do patrimônio. A lesão ao direito à verdade determina a “pertinência material” ao autor do ato de disposição prejudicial levado a cabo formalmente pela vítima<sup>760</sup>.

De acordo com Kindhäuser, a verdade, em uma esfera social, fundamenta-se em uma cooperação positiva, diferentemente do que ocorre com outros direitos fundamentados em cooperação negativa. O direito à vida, por exemplo, fundamenta-se na renúncia recíproca à lesão da vida alheia. Dessa forma, a vida é um direito de cooperação negativa, pois os outros devem se abster de lesionar tal direito; haveria, portanto, uma pretensão de omissão alheia (*Unterlassungsanspruch*). O direito à verdade, por sua vez, consistiria em uma pretensão de um agir alheio (*Leistungsanspruch*). A verdade seria um direito relativo, já que pressupõe um fundamento específico: o dever alheio de dizer a verdade<sup>761</sup>. O direito à verdade, destarte, não é um direito primário de liberdade, visto que não tem fundamento na renúncia recíproca à lesão. Não obstante, a verdade é uma condição da liberdade, pois não é possível imaginar o livre desenvolvimento sem uma orientação à verdade. Assim, o direito à verdade seria um direito secundário de liberdade: sem a possibilidade de se exigir a verdade, não pode haver

---

<sup>760</sup> Sobre a mudança de entendimento do autor, ver: PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. *Op.cit.*p.81.

<sup>761</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.403.

desenvolvimento, embora a exigência requeira uma fundamentação<sup>762</sup>, isto é, não é uma exigência oponível *erga omnes*<sup>763</sup>.

Segundo Kindhäuser, os deveres de veracidade podem ser heterônomos ou autônomos. São heterônomos se se fundamentam em leis ou instituições, devendo ser observados, independentemente da vontade do destinatário, como seria o caso do dever da testemunha em dizer a verdade<sup>764</sup>. Todavia, como observa Izquierdo Sánchez, Kindhäuser não trata especificamente dos deveres de veracidade heterônomos de origem institucional. Por esse motivo, não é de todo claro o que este autor tem em mente quando alude a deveres de veracidade institucionais. Não obstante, quando trata das obrigações de informar que possuem um fundamento legal – por exemplo, o dever de informar a cessação da condição que serviu de base para a obtenção de uma prestação pública – o fator institucional parece desempenhar algum papel na conformação do dever de declarar a verdade ao Estado<sup>765</sup>. Por sua vez, os deveres de veracidade autônomos têm com base normativa a liberdade exercida pelo próprio obrigado no seio de uma relação econômica em que participa. Os deveres autônomos de verdade dependem da vontade do destinatário e dividem-se em duas categorias: (I) os que nascem do emprego imediato da confiança em favor de um terceiro determinado (por exemplo, deveres de veracidade pré-contratuais sobre as características essenciais de um negócio); (II) os que decorrem da confiança requerida para compensar riscos específicos do tráfico social (por exemplo, a garantia de legitimidade de documentos)<sup>766</sup>.

Ademais, de acordo com Kindhäuser, a violação do direito à verdade é uma perspectiva teórica muito mais convincente do que os critérios de adequação do engano. De fato, a teoria da causalidade adequada (abordada no tópico 4.3.2.1) reconhece o risco de uma sobrecarga de deveres para uma das partes da interação econômica, na medida em que, quanto mais se amplia o espectro do engano típico, mais se libera o indivíduo de proteger seu próprio patrimônio. Entretanto, a teoria da causalidade adequada é pouco convincente. Primeiramente, a proposta não convence já na perspectiva sistemática: adoção de uma noção

---

<sup>762</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.403.

<sup>763</sup> IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*pp.37-38.

<sup>764</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.404.

<sup>765</sup> IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*p.39.

<sup>766</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.404. IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*p.40.

específica de causalidade, conceito que é geral a todos os delitos. Além disso, é duvidoso que uma valoração *ad-hoc* consiga traçar os limites da credulidade que exonera o autor (*täterentlastender Leichtgläubigkeit*)<sup>767</sup>. Mais adequado, portanto, seria encontrar uma solução normativamente justa e equilibrada: direito da vítima de se orientar pelo dever de veracidade juridicamente garantido<sup>768</sup>.

Em um segundo momento de seu pensamento, Kindhäuser ainda defende a ideia de que não qualquer comportamento enganoso é tipicamente relevante. Esta ideia, contudo, aparece agora como decorrência da compreensão do estelionato como autoria mediata tipificada. Das regras de imputação objetiva deriva-se que não qualquer déficit de conhecimentos no homem da frente, correlato a um superávit de conhecimento no homem detrás, é suficiente para a autoria mediata, inclusive nos casos em que o homem detrás tenha causado esse desnível de conhecimento. A autoria mediata na autolesão do homem da frente pressupõe que este último tenha um direito à verdade frente ao homem detrás<sup>769</sup>.

Para ilustrar que nem toda falta à verdade configura necessariamente um estelionato, Kindhäuser apresenta o seguinte exemplo: um vendedor diz que não pode baixar o preço do carro porque muitas pessoas estão interessadas no negócio, induzindo assim o cliente a comprar o veículo usado excessivamente caro. A informação pode ser falsa e induzir a uma compra desvantajosa. Porém, não se trata aqui de engano típico do estelionato. Efetivamente, o comprador não tem, nas condições do exemplo, perante o vendedor um direito a ser informado corretamente acerca dos interesses dos demais clientes. O direito à verdade do comprador abarca apenas a descrição correta dos elementos negociais essenciais, e ao aconselhamento correto, na medida em que isso tenha sido assumido de comum acordo. Outras informações podem ser falsas, isto é, não fundamentariam uma autoria mediata<sup>770</sup>.

O fundamento da restrição ao engano típico é o princípio da responsabilidade da imputação objetiva. Apenas quem torna sua uma questão inerente à esfera de liberdade alheia, assumindo, dessa forma, uma responsabilidade que seria de outrem, deve responder também pelo correto desenvolvimento dessa questão. No caso normal de qualquer contato social, o direito à verdade da informação dada resulta da reivindicação da confiança

---

<sup>767</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*pp.404-405.

<sup>768</sup> KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Op.cit.*p.406.

<sup>769</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*p.29.

<sup>770</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*pp.29-30.

correspondente. Assim, retomando o mencionado caso da Cruz Vermelha, pode-se entender que quem recolhe doações reivindica confiança na exatidão das especificações sobre a finalidade do dinheiro. Na conclusão de contratos sinalagmáticos, por sua vez, a reivindicação da contraprestação deve fundamentar-se na confiança sobre a descrição verídica da própria prestação. Informações adicionais estão amparadas por um direito à verdade quando se outorgam em contexto de assessoramento em assuntos patrimoniais assumido de comum acordo<sup>771</sup>.

#### 4.3.4.2 O engano típico em Nuria Pastor Muñoz

Pastor Muñoz também atribui à violação dos deveres de veracidade a tipicidade do engano. Segundo a autora, a informação é orientação para a tomada de decisões sobre o patrimônio. Desta concepção decorre o questionamento acerca de quais informações são relevantes para tais decisões. Efetivamente, na análise da informação como pressuposto para que o patrimônio mantenha sua condição de poder para a interação econômica, deve-se determinar quais informações são relevantes para a realização de um ato de disposição, o que não implica, esclareça-se, tomada de postura acerca de quem seria responsável pela verificação da informação. Para isso, é necessário definir como funciona o processo de decisão do titular do patrimônio. Certamente, as informações relevantes para a decisão variarão em função de como se defina o processo de decisão da vítima. Nesse sentido, seria possível tomar como base o sujeito concreto que realiza o ato de disposição em cada caso. Todavia, esta solução tornaria muito difícil oferecer uma definição concreta dos limites da informação relevante, pois as informações importantes para o processo de decisão do sujeito metucioso seriam irrelevantes para o desleixado, bem como as informações tidas como essenciais por alguém supersticioso seriam irrelevantes para os incrédulos. Por isso, a autora entende mais acertado fixar um modelo de decisão da vítima, o qual permitiria determinar *ex ante* quais informações são relevantes em uma tomada de decisão de disposição patrimonial, independentemente de peculiaridades psicológicas da vítima concreta. De acordo com a autora, o modelo de decisão que se deve considerar como próprio da vítima de estelionato é aquele que é de modo geral vigente no mercado. Este posicionamento justifica-

---

<sup>771</sup> KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. *Op.cit.*p.30.

se na medida em que a eleição do modelo de decisão em geral vigente no mercado traz consigo sua imposição a todos os operadores econômicos, inclusive aos que, de fato, tomam suas decisões econômicas com base em modelos de decisões distintos. A razão desta escolha do modelo em geral vigente no mercado é que o delito de estelionato protege o patrimônio como poder juridicamente reconhecido de interação precisamente no mercado. O preço de manter o próprio poder de interação é a adaptação ao modelo de decisão vigente nesse mercado. Dessa forma, quem optar por tomar suas decisões de disposição com base em um modelo alternativo o fará por sua conta e risco<sup>772</sup>.

O modelo de decisão vigente no mercado é, em primeiro lugar, racional, o que significa que o sujeito deve basear suas decisões em informações que façam referência ao objeto da relação econômica. Isto implica que outros modelos de decisão, como o do sujeito supersticioso, não devem ser levados em consideração. Em segundo lugar, deve-se indagar se o modelo de decisão vigente no mercado pode abarcar fatores emocionais. Segundo a autora, e em concordância com sua concepção de patrimônio, as informações sobre aspectos emocionais somente são relevantes para o modelo de decisão se constituem, em todo ou em parte, objeto da relação econômica. Por exemplo, na venda de um violão que pertenceu a um famoso músico, o valor afetivo vinculado ao violão é também objeto da relação econômica. Nesse sentido, pode-se dizer que existe um mercado de objetos de valor afetivo. Dessa forma, fica claro que o titular do patrimônio, em seus atos de disposição, pode introduzir toda sorte de fins pessoais em uma relação econômica, ainda quando se trate de fins que o mercado qualificaria de absurdos. Os únicos requisitos para validade da personalização do patrimônio seriam: o respeito aos limites do direito, isto é, não se pode perseguir fins ilícitos, e a forma expressa intersubjetivamente pela qual os fins pessoais se tornam vinculantes. Por outro lado, quando os fatores emocionais não formam parte claramente do objeto da relação e, simplesmente, estão presentes no entorno da decisão econômica, a informação sobre estes dados deve ser considerada irrelevante para o modelo de decisão adotado. Em terceiro lugar, os juízos de valor em sentido estrito (isto é, juízos sem qualquer dimensão objetiva ou informativa) não constituem informações relevantes para o modelo de decisão vigente no mercado, pois são posições subjetivas perante o mundo e, por isso, não podem ser

---

<sup>772</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*. nº 1, 2010, pp.46-47. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.571-572.

verdadeiras ou falsas, de modo que carece de sentido investigar a possibilidade de sua inveracidade<sup>773</sup>.

A análise dos limites da inveracidade permitida desde a perspectiva do tipo de estelionato deve partir da constatação do fato de que os sujeitos que interagem no mercado não dispõem de toda a informação necessária para tomar suas decisões econômicas. A informação está repartida entre os diversos operadores econômicos, e de modo desigual<sup>774</sup>. De fato, em um mercado como o atual, o grau de especialização e divisão do trabalho é muito elevado e estas notas caracterizam também o âmbito da informação. Para que as relações econômicas se desenvolvam com o grau de agilidade que lhes é próprio, os sujeitos que interagem nelas devem confiar nas informações elaboradas por outros. Por isso, é necessária uma garantia normativa do mínimo de veracidade. Se esta garantia não existisse, transmitir-se-ia aos operadores econômicos a mensagem de que devem optar por verificar por si mesmos cada uma das informações nas quais baseiam suas decisões, ou assumir os riscos de engano. Entretanto, tal dilema submeteria o mercado a uma pressão tal que colocaria em perigo sua própria existência, visto que muitos agentes poderiam optar por não negociar. A alternativa a arriscar a própria existência do mercado seria garantir o mínimo de veracidade necessária para conservá-lo. A manutenção do mercado, contudo, não é fundamento suficiente para se afirmar um dever de veracidade. Segundo Pastor Muñoz, o que justifica a imposição de um dever de veracidade a quem participa do mercado é a conservação da estrutura normativa deste último. Este fundamento se explica porque o tipo de estelionato tem a função de proteger o patrimônio como poder juridicamente reconhecido de seu titular para interagir no mercado, de modo que a conservação da estrutura normativa do mercado assegura a funcionalidade que o patrimônio tem para seu titular. E esse fundamento da existência de deveres de veracidade explica, ao mesmo tempo, os limites de tais deveres: em outras palavras, a garantia normativa da veracidade deve chegar até o ponto em que seja necessária para que se mantenha o mercado. A autora adverte, ainda, que o tipo de estelionato não procura tutelar a facticidade do mercado, de modo que o referencial para a fundamentação e delimitação dos deveres de veracidade do autor do estelionato é o mercado em sentido normativo, o que é coerente com a concepção segundo a qual o tipo de estelionato

---

<sup>773</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.* pp.47-48.

<sup>774</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.* p.48.



não é um instrumento de proteção de um patrimônio entendido em sentido puramente fático<sup>775</sup>.

Os deveres de veracidade, portanto, devem ser buscados no mercado, entendido este em um sentido normativo. Concretamente, isto significa que, para averiguar os deveres de veracidade de um sujeito, deve-se observar a posição ocupada por ele na relação econômica e não os conhecimentos que esse sujeito tenha. Dessa forma, em primeiro lugar, para a definição dos deveres de veracidade de um sujeito não são relevantes nem os conhecimentos especiais, nem os conhecimentos que o sujeito possua em virtude da posição ocupada em outra relação econômica, os quais, na realidade, devem ser considerados conhecimentos especiais para fins da relação econômica objeto de exame. Em segundo lugar, os deveres de veracidade pesam sobre o sujeito como “preço” de sua possibilidade de interagir nessa relação econômica. De fato, pode-se dizer que quem decide intervir em uma relação econômica assume os deveres de veracidade próprios dessa posição. Isto implica, em terceiro lugar, que os limites dos deveres de veracidade não podem ser definidos em abstrato, mas sim no contexto de uma relação econômica concreta. Na definição dos deveres de veracidade podem ser distinguidos dois níveis. Em um primeiro nível, podem ser determinados os deveres de veracidade vinculados à posição ocupada pelo autor em uma relação econômica padronizada. Em um (eventual) segundo nível, é possível que os sujeitos não se limitem a ocupar posições econômicas padronizadas, levando a cabo comportamentos que tenham como consequência a redefinição dos deveres de veracidade inicialmente próprios dessa relação. Estes atos de redefinição podem ser: atos de assunção por parte do autor de maiores deveres de veracidade, atos de renúncia por parte da vítima ao direito à verdade e atos de bloqueio do autor que impeçam a vítima de cumprir suas incumbências iniciais acerca da aquisição de informação. Segundo a autora, a despeito desta diferenciação de níveis, pode-se concluir que tanto a ocupação de uma posição em uma relação econômica padrão (primeiro nível), como a redefinição dos deveres de veracidade por meio de determinados comportamentos (segundo nível) são atos de assunção em sentido amplo, independentemente, portanto, de se tratar de deveres heterônomos ou autônomos de veracidade, como propôs Kindhäuser. Com efeito, as duas categorias podem ser compreendidas como assunção de deveres, pois também os deveres heterônomos nascem

---

<sup>775</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. *Op.cit.* pp.84-86. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.* pp.574-575.

para o sujeito no momento em que ocupa uma posição econômica à qual a lei ou uma instituição vincula determinados deveres de veracidade<sup>776</sup>.

No primeiro nível, os deveres de veracidade estão vinculados à posição econômica ocupada pelo sujeito em uma relação econômica padronizada. Os deveres de veracidade recaem legitimamente sobre o sujeito porque este inicia a interação com a vítima nesta posição concreta e, assim, assume deveres de veracidade próprios de sua posição. O critério, de acordo com Pastor Muñoz, que deve orientar a repartição de incumbências a respeito da averiguação da informação é o critério da acessibilidade normativa. Deve-se reconhecer que entre o disponente e a informação de que este necessita para tomar sua decisão de disposição podem se dar diversas relações. Primeiramente, pode existir uma inacessibilidade normativa da informação, o que significa que não é próprio da posição ocupada pelo disponente na relação econômica ter acesso à essa informação. Seria o caso, por exemplo, da oferta de um produto que o comprador não pode ver (como seria o caso da prestação hoteleira oferecida por uma agência de viagens), salvo se tomar medidas irrazoáveis de verificação (segundo o exemplo, viajar até o local antes do negócio). Também haveria inacessibilidade à informação sobre um fundo de investimento para um particular que quer investir neste fundo, pois, tendo em vista a posição que o gestor do fundo ocupa na relação econômica, cabe a este ter acesso à informação, não ao particular. Em segundo lugar, há casos em que entre o disponente e a informação existe uma relação de acessibilidade formal, isto é, a posição ocupada pelo disponente permite que este tenha acesso à informação, mas não permite que este a compreenda, visto que lhe falta capacidade técnica para interpretar os dados disponíveis. Tendo em vista que, nesses casos, a informação não é apta a orientar a conduta, devem ser considerados casos de inacessibilidade normativa. Em terceiro lugar, há acessibilidade normativa quando o disponente tem, por um lado, acesso à informação de que necessita para tomar a decisão sobre a disposição patrimonial e, por outro, goza dos conhecimentos necessários para interpretar a informação. Havendo acessibilidade normativa da informação para o disponente, incumbe a este averiguá-la. Dessa forma, as inveracidades do autor, nesses casos, seriam irrelevantes, exceto se seja possível fundamentar que o autor tenha

---

<sup>776</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*p.51. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.575-576.

assumido maiores deveres de veracidade frente a vítima, ou tenha bloqueado de alguma forma o acesso da vítima à informação normativamente acessível<sup>777</sup>.

Como visto, os comportamentos das partes podem redefinir os deveres de veracidade (segundo nível). Podem existir, primeiramente, atos de assunção por parte da vítima de maiores riscos de desorientação, por exemplo, a renúncia expressa inequivocamente ao direito à verdade. Assim, por exemplo, na venda de um produto para proteger plantas contra determinados insetos, o vendedor deveria, em princípio, informar acerca do uso correto do produto; se o comprador toma o pacote do produto e paga sem atender às explicações do vendedor, renuncia a seu direito à verdade e assume um maior risco de erro<sup>778</sup>. Em segundo lugar, pode haver uma redefinição dos deveres de veracidade mediante um ato de assunção do autor. Para que se produza um ato de assunção, não é suficiente nem que o autor decida proporcionar à vítima mais informações do que deveria segundo seus deveres de veracidade iniciais, nem que manifeste expressamente sua decisão, nem tampouco basta que a vítima solicite mais informações que aquela a que, em princípio, teria direito. Para que exista um ato de assunção é necessário um comportamento do autor mediante o qual este último se vincule inequivocamente a informar para além dos seus deveres iniciais de veracidade. Para tanto, é necessário, por um lado, que o autor se apresente intersubjetivamente como capacitado para levar a cabo a maior prestação de informação (possuir a informação, ter capacidade técnica para informar etc.). Dado que da manifestação da capacidade de fornecer mais informação não deriva um dever de informação, por outro lado, é necessário que o autor expresse inequivocamente que se torna responsável pelo fornecimento de informação veraz sobre esses aspectos da relação econômica que inicialmente não estavam em seu âmbito de deveres de veracidade<sup>779</sup>. Em terceiro lugar, os deveres iniciais de veracidade podem ser modificados por um ato do autor de bloqueio ao acesso pela vítima a informações normativamente acessíveis. O autor obstaculiza à vítima o acesso a informações que estavam acessíveis para esta com tal intensidade que a vítima não

---

<sup>777</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*p.52. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.576-577.

<sup>778</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.53-54. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*p.579.

<sup>779</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*p.54. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.579-580.

pode acessar a informação veraz realizando o esforço que é razoável segundo sua posição econômica. O bloqueio dá lugar ao nascimento de um dever de veracidade cujo conteúdo é a neutralização da informação inverídica introduzida na esfera de organização da vítima. Assim, por exemplo, é responsabilidade da entidade bancária comprovar a identidade de quem se apresenta para retirar fundos, exigindo-se a apresentação do documento; se alguém mostra documento falso, passando-se por outra pessoa, bloqueia o acesso da vítima (banco) à informação que estava normativamente acessível para ela. O decisivo é que, no momento do ato de disposição, a vítima não disponha do estado de informação a que teria direito porque o autor não eliminou o risco de desorientação introduzido com o ato de bloqueio<sup>780</sup>.

Procurando conferir maior concreção aos seus critérios de atribuição de responsabilidade pela informação, a autora afirma, com uma perspectiva mais voltada à vítima, que, em primeiro lugar, é dever desta conhecer o estado jurídico e econômico de seu patrimônio. Podem existir, não obstante, atos de assunção do autor por meio dos quais nasça um dever de veracidade a respeito dessas informações (por exemplo, assunção de deveres de assessoramento). Em segundo lugar, incumbe à vítima averiguar os aspectos jurídicos e econômicos da esfera do autor aos quais possa acessar realizando um esforço razoável segundo a classe de relação econômica de que se trate (por exemplo, verificar o registro de propriedade para comprovar a titularidade de um imóvel). Em terceiro lugar, compete à vítima a averiguação de todas as informações que tenham relação com o funcionamento do mercado, tais como: a correção do preço, o comportamento de outros vendedores. Dessa forma, as “mentiras de recomendação” (por exemplo, a afirmação de que são os últimos exemplares disponíveis, ou de que há muitos interessados no produto) são irrelevantes em termos de estelionato. Nos mercados muito complexos, entretanto, a posição econômica de ofertante inclui já deveres de assessoramento sobre o funcionamento deste mercado. Em quarto lugar, é responsabilidade da vítima averiguar as informações sobre os aspectos jurídicos e econômicos da relação<sup>781</sup>.

---

<sup>780</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*p.55. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.580.

<sup>781</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*p.55-56. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa. *Op.cit.*pp.581-582.

#### 4.3.4.3 O engano típico em Wolfgang Frisch

Wolfgang Frisch concebe o engano como aquela conduta do autor que gera um aparente cumprimento da expectativa da vítima pela qual esta confia em não estar sendo enganada. O erro protege as expectativas da vítima em relação à veracidade das atuações do autor sobre as condições da disposição do potencial enganado. Redefinindo o erro, reconstrói também a noção de engano e o concebe como uma defraudação de uma expectativa normativa da vítima. Engano, dessa forma, é toda conduta do autor que gera uma aparente satisfação da expectativa da vítima pela qual ela espera que não lhe faltem com a verdade sobre as condições de sua disposição patrimonial. O direito à verdade e sua vulneração por parte de quem tem um dever de veracidade em favor da vítima constituem a condição normativa necessária para a configuração de um engano típico. Esta condição normativa abrange as manifestações que são relevantes para as disposições patrimoniais de outros e que, no contexto correspondente, tenham sido formuladas tendo em conta essa relevância. A condição normativa do engano típico – infração de um dever de veracidade – requer um fundamento específico que permita sustentar que uma determinada manifestação de informação falsa se encontra fora do âmbito de liberdade de ação do declarante<sup>782</sup>. Frisch expõe em detalhes sua concepção de engano abordando três tópicos: a expressa manifestação falsa, o engano concludente e o chamado engano por omissão.

Quanto ao primeiro tópico, Frisch alerta que se trata de uma obviedade meramente aparente a ideia de que quem faz falsas afirmações e, assim, motiva terceiro a realizar ato de disposição patrimonial causa engano. Efetivamente, é discutível se haveria engano no caso de quem faz afirmações falsas explica expressamente que não tem pretensões de dizer a verdade, ou quando esta não pretensão deriva do contexto global da manifestação. De uma perspectiva jurídica, deve-se reconhecer que o direito à liberdade de ação comporta a conduta de fazer afirmações falsas. O que terceiros façam com base nessas afirmações não pode ser responsabilidade de quem as faz. Portanto, deve-se verificar se, em face dos interesses e direitos de terceiros ou da generalidade, a manifestação falsa ultrapassa os limites da liberdade de ação. A manifestação objetivamente falsa somente pode ser proibida como engano típico quando terceiros devam poder partir do pressuposto de que não se estão realizando manifestações objetivamente falsas sobre a realidade. Em outras palavras, quando

---

<sup>782</sup> Cf. IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*pp.41-42.

houver um direito a manifestações verdadeiras. Somente na medida em que a manifestação falsa satisfaça esta condição normativa pode-se falar em engano típico<sup>783</sup>.

Embora, por regra geral, parta-se da vigência desta condição normativa nas manifestações que são relevantes para as ações de disposição patrimonial alheias, a vigência desta condição precisa ser fundamentada. Com efeito, há casos em que esta condição simplesmente não vige, ou o faz de modo atenuado, e, dessa forma, uma manifestação expressa objetivamente falsa não pode ser compreendida como engano. Seria o caso, por exemplo, de reserva formulada expressamente com relação à verdade, ao menos nos casos de uma falsidade tida por meramente possível por quem a manifesta, como seria a hipótese de uma manifestação que apenas pretende afirmar como quem a enuncia compreendeu uma situação. Ademais, a despeito da manifestação falsa, tampouco haveria engano típico quando o disponente declara que a ele não interessa o conteúdo das manifestações do outro, ou na medida em que a comprovação de que se dá uma certa situação e as condições relativas à disposição recai inequivocamente no âmbito de responsabilidade de quem realiza a disposição patrimonial<sup>784</sup>.

Em síntese, discrepância entre a manifestação expressa e a realidade não é suficiente para a configuração do engano típico. Efetivamente, o engano expresso, caracterizado como mera manifestação que contradiz a realidade, é demasiado naturalista, impreciso e descrito normativamente de forma insuficientemente determinada. Trata-se, em rigor, de que alguém tenha afirmado algo que não é verdade em um âmbito no qual o disponente possa legitimamente ter a expectativa de veracidade em relação à manifestação. Todavia, a verdade não necessariamente deve ser a realidade da situação de fato que é afirmada em uma manifestação, podendo consistir na valoração de quem formula a manifestação acerca do que é manifestado, sendo possível, dessa forma, referir-se, por exemplo, a um procedimento prévio de comprovação<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.786-787. O autor recorre ao direito do trabalho para exemplificar o que seria um caso de ausência de direito à verdade: o empregador, durante a entrevista de emprego, faz perguntas que não poderia fazer; nesse caso, não se reconhece o engano e não há consequências jurídicas para a mentira. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.787, nota 33. A propósito, ver: MENDES, Marlene Alexandra Ferreira. O direito à mentira da trabalhadora grávida. *Data venia*. n° 02, 2013, pp.51 e ss.

<sup>784</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.787.

<sup>785</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.787, 798-799.

Pode-se ver que uma compreensão de erro como defraudação de expectativa legítima de satisfação de pretensão de veracidade é compatível com esta compreensão de engano. De fato, um erro, no sentido da defraudação de uma expectativa legítima referida à qualidade (reivindicada pelo autor conforme à expectativa) da manifestação do autor, também se verifica quando a vítima, como consequência da mentira do autor, sobre o pressuposto de veracidade do declarado, apenas elabora uma representação de possibilidade, sem que interesse se e em quais circunstâncias as representação de possibilidade possam ser qualificadas conceitualmente como representações falsas da realidade<sup>786</sup>.

Quanto ao engano concludente, Frisch aponta que, tradicionalmente, entende-se que o decisivo é a concepção de tráfico jurídico: se segundo este a conduta do autor é valorada como afirmação tácita de que estão presentes ou não certas circunstâncias, então existe uma manifestação falsa. Em outras palavras, aceitam-se manifestações tácitas relativas à existência de certos fatos como manifestações vinculadas a uma certa conduta quando, diante da realização de certas ações, parece razoável proteger a confiança do tráfico jurídico na existência de certos fatos. Exemplos tradicionais são, nas vendas, a capacidade e a disposição do comprador para pagar; na aceitação de um cheque como instrumento de pagamento, a existência de fundos etc. A aceitação de condutas concludentes em relação à existência ou inexistência de circunstâncias é a expressão do esforço de assegurar proteção por meio do tipo penal de estelionato das pessoas que partem da existência de tais fatos também nos casos em que não haja qualquer declaração expressa, mas apenas um comportamento habitual<sup>787</sup>.

Segundo Frisch, a concepção tradicional é imprecisa. De fato, ao se recorrer a “manifestações tácitas” há riscos. Por meio das “manifestações tácitas”, ao invés de se esclarecer, oculta-se em que consiste a afirmação de enganos concludentes e exatamente em que estes consistem. Esquemáticamente: a pergunta acerca de uma manifestação concludente coloca em forma totalmente indevida o elemento “manifestação” em primeiro plano. A busca de uma manifestação pode conduzir a uma decisão equivocada, ao não se poder identificar tal manifestação<sup>788</sup>. O parâmetro das concepções vigentes no tráfico jurídico favorece tais

---

<sup>786</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.799.

<sup>787</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.788.

<sup>788</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.788. O autor faz referência ao caso das apostas tardias (*Spätwetten-Fall*). Afirma, na sequência, que a decisão envolvendo apostas fraudulentas nas competições futebolísticas (*Hoyzer-Fall*) foi decidido corretamente. FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.788, nota 45. O primeiro caso referido consistiu, basicamente, no seguinte: um apostador recebeu de fontes públicas a informação acerca do

associações equivocadas, visto que produz a impressão de que se trata de certas concepções existentes na comunidade acerca das manifestações formuladas tacitamente, isto é, remete a conhecimentos de psicologia social pouco apreensíveis, e, deste modo, não poucas vezes faz com que a determinação da manifestação fundamente-se em vagas considerações emocionais do intérprete do direito. Consequentemente, casos estruturalmente semelhantes acabam tendo soluções opostas<sup>789</sup>.

Deste modo, oculta-se que a fundamentação de enganos concludentes, em grande medida, trata-se de considerações normativas totalmente orientadas a princípios. No centro destas considerações normativas se coloca a questão de se as pessoas, no marco de seus atos de disposição, frente a certa conduta do outro, podem confiar na presença ou ausência de certos fatos, relevantes para o cumprimento ou não de suas condições de disposição. Portanto, trata-se de merecimento e necessidade de proteção da confiança ou da expectativa de que frente a certa conduta de outro se verifiquem certos fatos<sup>790</sup>. Para a resposta da questão acerca de necessidade e merecimento de proteção da confiança é necessária uma série de princípios normativos, os quais não derivam simplesmente das concepções do tráfico jurídico. É decisivo, por exemplo, determinar no âmbito de responsabilidade de quem recai a existência de certos fatos no contexto de determinados atos de disposição patrimonial; se quem dispõe procura julgar por si certos pressupostos; se há possibilidades reais de determinar, ou se a problematização da existência de certos fatos não é praticamente possível; entre outros. Se, na concreção destes princípios normativamente relevantes, chega-se à conclusão de que frente a certos comportamentos do outro, por razões normativas, deve-se poder confiar na existência de certas circunstâncias relevantes para o cumprimento das condições de disposição patrimonial, haverá duas consequências. Em primeiro lugar, tal juízo significa que ao comportamento do outro é atribuído certo significado, no sentido de que, nestas circunstâncias, pode-se concluir que se verificam efetivamente certos fatos, com a proteção do ordenamento jurídico nas hipóteses de defraudações. Em segundo lugar, este

---

resultado de uma corrida de cavalos antes de preencher sua caderneta de apostas; o apostador não foi condenado por estelionato. O primeiro caso foi mencionado na decisão do segundo, ressaltando-se suas dessemelhanças. Fundamental para a distinção, como aponta Kubicziel, é o argumento de que na proposição e perfazimento de um contrato envolvendo uma aposta esportiva, está implícito que o objeto do contrato não será deliberadamente manipulado para favorecer a uma das partes. Dessa forma, os casos seriam distintos porque a interferência no resultado é diferente do aproveitamento de uma situação. Cf. KUBICIEL, Michael. *Wetten und Betrug – Zur konkludenten Täuschung*. *Op.cit.* pp.68-69.

<sup>789</sup> FRISCH, Wolfgang. *Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa*. *Op.cit.*p.788.

<sup>790</sup> FRISCH, Wolfgang. *Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa*. *Op.cit.*pp.788-789.



juízo pressupõe um direito à verdade no sentido de que o outro deve omitir tal comportamento a fim de evitar uma falsa aparência quando os fatos relevantes não ocorrem<sup>791</sup>.

O engano concludente não reside em uma manifestação tácita sobre a realidade que se encontra em discrepância com esta. Ele consiste em que uma conduta que é representativa de certos fatos e, assim, somente é juridicamente admissível quando existem certas circunstâncias – e a partir de sua realização podem ser extraídas razoavelmente conclusões acerca da existência destas circunstâncias (isto é, que tenha para o outro, nesse sentido, o significado de que se verificam certos fatos) – é empreendida sem que se deem esses fatos. Deste modo, o autor atua incorretamente e lesiona deste modo o direito de aquele que possa pretender que tais condutas sejam omitidas frente a si próprio se os fatos aos quais se vinculam não se dão. O autor engana no sentido de que frente a outro que pode considerá-lo uma pessoa juridicamente confiável, gera a aparência de que se dão certos fatos<sup>792</sup>.

Pela perspectiva da vítima, pode-se afirmar que esta, definitivamente, não só vê defraudada sua expectativa de que estejam presentes aquelas circunstâncias vinculadas à admissibilidade do agir do autor (e que para a vítima são relevantes para o cumprimento de suas condições de disposição). Já antes também se vê defraudada a expectativa de que o outro se comportará do modo que se comportaria somente quando realmente se derem certos fatos. Deste modo, de maneira similar ao que ocorre no engano expresso, é completamente possível ver o erro já na defraudação da expectativa de não ser tratado pelo outro de uma forma contrária aos fatos e ao direito à verdade<sup>793</sup>.

A terceira forma de engano estudada por Frisch é o chamado engano por omissão. O autor logo aponta que existem objeções de peso contra procurar nos princípios da omissão imprópria a chave para a análise da relevância da omissão como engano típico. De fato, no estelionato, os princípios dos chamados delitos de comissão por omissão não são necessários para considerar o omitente como responsável pela disposição patrimonial prejudicial condicionada pelo erro da vítima. Neste delito, a responsabilidade do autor fica condicionada pela circunstância de que a conduta tem uma certa significação que induz a erro e,

---

<sup>791</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.789.

<sup>792</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.789.

<sup>793</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.789 e 799.

consequentemente, produz o prejuízo. Tal significação relativa à existência de certos fatos, todavia, pode estar atrelada não só a uma manifestação ou qualquer outra conduta positiva, perante a qual a pessoa justificadamente pode partir da existência de certos fatos. Também uma omissão pode ter essa significação, isto é, representar a existência ou inexistência de certos fatos, e, como forma de conduta, somente ser admissível, quando se dão ou quando não se dão certas circunstâncias<sup>794</sup>.

Isso fica bastante evidente no caso de alguém que atribui ao silêncio expressamente um significado. Este é o caso, por exemplo, quando A e B acordam que B possa partir do pressuposto de que subsiste uma certa situação relevante para a disposição patrimonial, enquanto A, que assumiu o dever da comunicação de modificações, não o informe sobre alterações nas circunstâncias, mantendo-se em silêncio. O silêncio de A, devido aos termos intersubjetivamente firmados, tem o significado de que a situação não se modificou. E B tem, na relação jurídica com A, um direito a que A somente mantenha silêncio quando a situação realmente não tiver se modificado. Se A mantém o silêncio, B pode extrair uma conclusão juridicamente legítima acerca das condições de disposição. Então, A engana quando gera a impressão (falsa) ao calar quando a situação tenha se modificado de forma juridicamente relevante. Tudo isso se deriva unicamente da significação intersubjetiva assinalada ao silêncio ou à omissão de certa comunicação. Este silêncio também tem um efeito: motiva B como consequência do significado que lhe foi atribuído. Portanto, não é necessário recorrer aos princípios da dogmática da omissão para fundamentar a responsabilidade de A por atos de disposição que B realiza em vista do silêncio<sup>795</sup>. Dessa forma, não interessa se o dever de comunicação vinculado com a determinação do caráter decisório do silêncio, em caso de modificação das condições, corresponde aos critérios específicos de um chamado dever de garante ou se se trata somente de um simples dever jurídico. É decisivo unicamente se ao comportamento é atribuído um determinado significado e se B tem um direito de que A, em vista deste significado, se comporte conforme à verdade (ou, pelo menos, de forma não contrária à verdade), motivo pelo qual A não está autorizado a guardar silêncio, devendo comunicar as modificações das condições<sup>796</sup>.

---

<sup>794</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.790.

<sup>795</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.790-791.

<sup>796</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.791.

Essas considerações não valem apenas para as situações em que se tenha atribuído explicitamente ao silêncio um certo significado. Também valem para os casos em que falta uma determinação explícita do significado do silêncio e, no lugar disso, os deveres de comunicação de modificações relevantes se colocam em primeiro plano da regulação de certa relação jurídica (tais como os deveres de comunicação estabelecidos legal ou contratualmente). Também frente a tais regras, é claro que A somente está autorizado a guardar silêncio enquanto não se dê a situação de fato que obriga a comunicação. Deste modo, a partir do silêncio se pode extrair a conclusão de que não se dá uma situação de fato que obriga a comunicação. Nesse sentido, engana aquele que guarda silêncio sem que se deem os pressupostos desse silêncio. Nesse caso, o engano não reside em que quem cala, guardando silêncio, viola um dever de garante, e deste modo realiza uma situação de fato que, segundo os princípios gerais do delito impróprio de omissão – sob o pressuposto adicional da equivalência desta omissão com o agir positivo –, justifica falar-se de uma conduta típica equiparável ao fazer positivo. O engano reside no fato de que quem cala realiza uma conduta com conteúdo significativo de que certas situações se verificam (o que só seria admissível se se verificasse efetivamente esse pressuposto) e, na realidade, isto não ocorre. Isto sempre se dá, em todo caso, quando o silêncio do autor (obrigado à comunicação) é o que motiva a vítima (enquanto situação de fato relevante para a decisão) a realizar certa disposição patrimonial. O silêncio, por princípio, não se distingue de um agir positivo naturalista ao qual se atribui uma certa significação relevante para a decisão da vítima. É uma conduta típica, pois satisfaz os critérios decisivos para o engano<sup>797</sup>.

Para a valoração do silêncio ou da omissão do autor em informar como engano tipicamente relevante, é decisivo determinar, em primeiro lugar, se o silêncio do autor implica, em relação à decisão da vítima, a presença ou ausência de certas circunstâncias (que, na verdade, não se verificam, ou se verificam, a depender do caso); sendo este o caso, em segundo lugar, não interessa a dogmática da posição de garante dos delitos impróprios de omissão, mas sim a questão de se ao silêncio do autor corresponde, desde um ponto de vista normativo, o significado atribuído pela vítima, de tal modo que, em vista do silêncio, legitimamente esta poderia partir da presença (ou da ausência) das circunstâncias vinculadas ao silêncio. Este é o caso quando, por exemplo, está estabelecido contratualmente que o silêncio deve ser entendido no sentido da presença ou ausência de certas situações de fato;

---

<sup>797</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.791.

ou, inversamente, deveres de comunicação assumidos legal ou contratualmente frente a certas modificações de fatos significam, como contrapartida, que o silêncio deve ser interpretado no sentido da subsistência de certas condições, ou de que não se tenham produzido modificações relevantes<sup>798</sup>.

Na valoração do silêncio, esclareça-se, não são de interesse somente disposições contratuais ou legais, as quais permitem inferir significados acerca de circunstâncias relevantes para a disposição patrimonial. Também outras circunstâncias podem autorizar a extrair conclusões a partir do silêncio de uma pessoa a respeito da presença ou ausência de certos fatos. Nessa medida, não é diferente do que sucede no âmbito da conduta concludente. Este é o verdadeiro núcleo da posição doutrinária segundo a qual é possível um engano consistente no silêncio quando o autor, segundo as regras de boa-fé, esteja obrigado a informar. Efetivamente, trata-se da questão de se ao silêncio, desde um ponto de vista normativo, pode corresponder um certo significado; é o que acontece, por exemplo, quando a admissibilidade do silêncio no tráfico jurídico está vinculada a certos fatos, cuja ausência cria o dever de comunicação. Tais deveres podem derivar, conforme o ordenamento primário do direito civil, das regras de boa-fé<sup>799</sup>.

Ainda abordando os enganos por omissão, Frisch trata do grupo de casos nos quais a omissão por si mesma, não é concebível, como uma conduta com uma determinada significação relevante para a vítima. As vítimas potenciais, nesses casos, soem não ter conhecimento da constatação posterior da falsidade da informação e muito menos da omissão dolosa sucessiva, e, por isso, não poderiam, de modo algum, entender que há uma omissão com conteúdo de significado – que confirme a verdade do declarado. Portanto, é difícil encontrar em quem permanece inativo uma omissão com conteúdo de significado que produza efeitos psíquicos relevantes para a disposição patrimonial<sup>800</sup>. Assim, no caso de quem constata que é falsa uma manifestação própria, seja pela ideia de responsabilidade pelo próprio âmbito de domínio, seja pela conduta precedente perigosa, parece assinalar o caminho em direção à existência de um dever de garante de intervir ou de informar cuja

---

<sup>798</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.792.

<sup>799</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.792-793.

<sup>800</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.793. A referência aos “efeitos psíquicos” foi criticada por Izquierdo Sánchez, visto que Frisch vale-se de um conceito de erro psicológico, o qual teria sido duramente criticado pelo próprio Frisch. IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*p.62, nota 129.

lesão por omissão aparentemente justifica falar de engano por omissão. Entretanto já ao considerar os pressupostos de alguma posição de garante surgem dúvidas acerca da adequação de uma fundamentação do engano pela lesão de um dever de garante. Por exemplo, no caso de uma manifestação já formulada, cuja falsidade é conhecida pelo autor posteriormente, indaga-se acerca de se é realmente decisivo que a emissão prévia de boa-fé tenha sido contrária ao dever ou não. O que resulta decisivo, entretanto, é, em primeiro lugar, que a manifestação a ter efeitos em breve seja uma manifestação imputável ao autor, isto é, formulada voluntariamente por ele mesmo; em segundo lugar, que a manifestação naquela relação jurídica (e que possa conduzir à disposição patrimonial) esteja sujeita ao dever de veracidade. Nestas condições, aquele que fez uma manifestação falsa deve atuar a fim de evitar ato de disposição patrimonial errôneo e prejudicial de outro, retirando ou corrigindo sua manifestação<sup>801</sup>. Na hipótese apresentada, o engano por parte do autor não consiste simplesmente em um não fazer ou omitir uma ação, mas sim em um fazer efetivo (ou continuar fazendo) uma manifestação que lhe é imputável. Este fazer efetivo (ou continuar fazendo) da manifestação imputável que conduz à confusão e decisão errada da vítima é uma conduta dominável, imputável ao autor. É contrária ao dever, e é engano, porque e na medida em que o autor por meio desta conduta lesiona seu dever de verdade perante a vítima na relação jurídica<sup>802</sup>. Com a descrição do engano como fazer efetiva – em forma dominável e contrária ao dever – a falsa informação, fica claro o vínculo comum com aqueles casos nos quais o autor já ao formular a manifestação atua dolosamente, pois também aqui o engano consiste em um fazer efetiva a manifestação (quase simultaneamente)<sup>803</sup>.

A questão da responsabilidade por omissão fica mais complexa nos casos em que esta não se refere à retratação, correção ou esclarecimento de manifestações próprias, mas sim de terceiros. Esclareça-se, não se trata aqui de manifestações formuladas por terceiros, porém imputáveis ao omitente como próprias por razões jurídicas, como seria o caso, por exemplo, da manifestação do empregado em relação ao dono do negócio, pois esta “declaração por imputação” configura o engano na medida em que, após conhecer a discrepância entre o declarado e a verdade, a pessoa permite que a manifestação enganosa tenha efeitos. Trata-se aqui do caso de uma manifestação efetivamente de terceiro, como

---

<sup>801</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.794.

<sup>802</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.794.

<sup>803</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.794-795.

seria o caso de manifestações de menores de idade contrárias à verdade frente às quais os encarregados da educação, descobrindo a falsidade, nada fazem<sup>804</sup>. Por regra geral, pode-se afirmar que o omitente, empreendendo a ação que se espera dele, poderia ter evitado o erro e o dano patrimonial. A princípio, pode-se sustentar que a não intervenção, por exemplo, das pessoas encarregadas da vigilância, constitui uma lesão de deveres. Contudo, esta lesão só é suficiente para estabelecer que estas pessoas possibilitaram ou facilitaram, mediante sua omissão contrária ao dever, as ações enganosas de terceiros. Em outras palavras, não se poderia reconhecer que a própria pessoa engana, realizando, dessa forma, como autor, o engano típico do estelionato<sup>805</sup>.

Para se reconhecer um engano por parte de quem omite não é suficiente que a omissão lesione um dever geral de vigilância ou de cuidado do patrimônio. É necessário que o omitente tenha um dever de verdade específico com referência à manifestação falsa do terceiro na relação jurídica com a vítima. Deve ser responsável diante da vítima pelas manifestações de terceiros que ele mesmo reconhece como (possivelmente) falsas, tendo o dever de evitar disposições patrimoniais prejudiciais. Somente quando o omitente tem um dever de verdade neste sentido específico, isto é, quando esteja obrigado a informar acerca de que certas manifestações são reconhecidas como falsas, pode a vítima chegar legitimamente à conclusão de que não há qualquer ressalva em relação à veracidade da informação, e, partindo dessa premissa, realizar disposições patrimoniais. Somente diante dessa situação de fato é possível considerar o deixar que produza efeito a manifestação de um terceiro como uma conduta de engano (que induz a uma falsa impressão) própria por parte de quem omite perante a vítima. A subsistência de tal dever de verdade em relação a vítima constitui uma condição irrenunciável para a configuração de um engano próprio também por parte de quem omite<sup>806</sup>.

As regras dos delitos impróprios de omissão não são, neste contexto, necessárias a fim de fundamentar, por meio da lesão de um dever de garante, a responsabilidade de uma pessoa por um evento não causado por ela. Os deveres, na medida em que podem ser compreendidos como deveres de veracidade, são necessários para concepção do caso da omissão do cumprimento do dever por meio da suposição legítima de que uma pessoa

---

<sup>804</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.795.

<sup>805</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.795.

<sup>806</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.795-796.

cumpriu com os deveres que lhe eram correspondentes, como produção de uma falsa aparência e, deste modo, como engano. A produção desta falsa aparência é o que importa para fins de estelionato, em todas as suas modalidades. Se a omissão ou uma certa situação de fato como consequência da omissão vem acompanhada por tal falsa aparência, ela produz a falsa aparência de uma manifestação (falsa) ou um engano concludente. Recorrer às regras da omissão, à lesão de um dever de garante para fundamentação da responsabilidade por um evento não causado, é desnecessário<sup>807</sup>.

O erro da vítima, portanto, nas hipóteses de omissões, consiste, quando a omissão em si tem certo conteúdo significativo, na defraudação da expectativa relativa à existência da situação de fato correspondente com o silêncio do autor, independentemente de se a omissão, no caso concreto, é valorada e elaborada explicitamente neste sentido, ou se a não reação é parte de um programa de ação estabelecido a longo prazo. Se não se produz a correção de manifestações, a qual a vítima pode esperar em caso de discrepância com a verdade, então o erro da vítima reside em que tenha sido defraudada a expectativa relativa a que, se não houver comentários ou esclarecimentos, a pessoa obrigada à correção não teria qualquer ressalva em relação à manifestação desde a perspectiva do direito à verdade<sup>808</sup>.

#### 4.3.4.4 O engano típico em Michael Pawlik

Como bem observa Izquierdo Sánchez, o pensamento de Pawlik é que o que melhor permite um tratamento unitário dos enganos ativo e omissivo<sup>809</sup>. Efetivamente, para Pawlik a distinção entre ação e omissão não é algo determinante. Com alguma influência de Jakobs<sup>810</sup>, o autor confere maior relevância à infração de deveres – sejam negativos (isto é, deveres inerentes ao conceito de pessoa, como é o caso do *neminem laedere*), sejam positivos (isto é, deveres que fundamentam um *status* especial de pessoas concretas em contextos

---

<sup>807</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*p.797.

<sup>808</sup> FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. *Op.cit.*pp.799-800.

<sup>809</sup> IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*pp.45 e 62.

<sup>810</sup> Cf. JAKOBS, Günther. La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial. *In Dret.v.4*, 2008, pp.4 e ss. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996, pp.50-51. JAKOBS, Günther. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Trad. Maurício A. Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.55. JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. *Op.cit.*pp.144 e ss.

determinados) – para a atribuição de responsabilidade<sup>811</sup>. Este trabalho, tendo em vista que Pawlik vem desenvolvendo uma teoria própria de delito, opta por apresentar os aspectos mais amplos do pensamento do autor<sup>812</sup>, para, posteriormente, expor as implicações desta concepção para o estelionato.

Segundo Pawlik, existe uma “desconfiança da doutrina penal em relação ao legislador”, o qual é concebido, majoritariamente, em termos pré-constitucionais, ou seja, como uma instância que deveria ser dominada. Daí o apego doutrinário à noção de bem jurídico. Todavia, no contexto de vigência de uma constituição, a teoria do bem jurídico aparece cada vez mais desconectada da realidade constitucional. De acordo com o autor, deve-se reconhecer a primazia, não só em termos jurídico-positivos, mas também em termos jurídico-filosóficos, dos critérios de controle jurídico-constitucionais frente à teoria do bem jurídico defendida e criada pela doutrina penal<sup>813</sup>. Assim, Pawlik entende que, na verdade, a principal tarefa do direito como um todo, mas, sobretudo, do direito penal consiste em assegurar a aspiração de que todos possam conduzir suas vidas de maneira autônoma, isto é, governando a si próprios<sup>814</sup>.

Esta autonomia, entretanto, não pode ser concebida em termos meramente formais. De fato, não basta, por exemplo, garantir a participação democrática em eleições livres para que o cidadão integre, em alguma medida, o processo de elaboração normativa. Para o indivíduo concreto, a garantia de uma vida pacífica é mais importante do que o direito de participar de eleições<sup>815</sup>. Dessa forma, o direito deve garantir uma pacificação, uma normalização da vida, eliminando o estado de natureza. Um estado de normalidade exige algo mais que a existência de um ordenamento abstrato de normas: em tal estado, o cidadão deve poder desfrutar de seu direito, isto é, deve poder estar em grande medida seguro de que sua posição jurídica será respeitada por parte de seus concidadãos. Portanto, um estado de

---

<sup>811</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.3, 2017, p.185.

<sup>812</sup> Com evidente destaque aos elementos que aparecem em sua concepção de estelionato. Para uma exposição concisa dos principais pontos da teoria do engano típico em Pawlik, ver: PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. *Op.cit.* pp.81-82.

<sup>813</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Barcelona: Atelier, 2016, pp.37-38.

<sup>814</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.* pp.34-36.

<sup>815</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.* pp.38-40.



verdadeiras liberdades se diferencia de uma soma de experiências singulares em direito, em essência, por sua estabilidade, por seu caráter duradouro<sup>816</sup>.

De acordo com Pawlik, é errônea a convicção de que a manutenção da ordem externa somente pode ser alcançada mediante uma rede eficiente de instâncias estatais. Nenhuma comunidade em direito pode apostar exclusivamente no poder de sanção das instituições, pois isso exigiria uma intensidade de vigilância que ninguém pode querer em um estado de liberdades. Portanto, os custos de coação de um ordenamento jurídico somente podem ser mantidos em um marco aceitável desde o ponto de vista da teoria das liberdades sob o pressuposto de que, por regra geral, o comportamento fiel ao direito seja algo evidente para os sujeitos de direito. A retirada de instâncias externas de disciplinamento deve ser compensada por uma autodisciplina dos membros da comunidade em direito. Consequentemente, a corresponsabilidade pela manutenção de um estado de liberdades concerne a todos os cidadãos<sup>817</sup>.

Esta responsabilidade é limitada. Efetivamente, no Estado constitucional democrático, a responsabilidade do cidadão não se estende à totalidade da comunidade. Ao cidadão não concerne uma responsabilidade direta pelo bem comum estatal, pois, tendo em vista a complexidade das sociedades modernas, uma responsabilidade de tais características seria incomensurável. Contudo, o cidadão é responsável pelas tarefas concretas de seu papel social<sup>818</sup>. Dessa forma, o ataque ao estado de liberdades se manifesta em que o autor, na medida em que atua contra a ordem jurídico-penal de condutas, quebra seu papel de representante da comunidade, isto é, de cidadão. Lesiona seu dever de cooperar com a manutenção do estado jurídico existente. Nessa medida, o delito representa conceitualmente um injusto perante a comunidade em direito considerada em sua totalidade. O dever de cooperação reforçado com pena encontra o fundamento de sua legitimação na liberdade dos cidadãos, a qual somente adquire um valor estável real no marco de um ordenamento jurídico capaz de se impor<sup>819</sup>.

O autor de um delito lesiona seu dever de cidadão de cooperar com a manutenção do estado existente de liberdades. Seu comportamento injusto não modifica em absoluto o fato

---

<sup>816</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.41-42.

<sup>817</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.42-43.

<sup>818</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.44.

<sup>819</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.45.

de que o autor do delito é e permanece sendo cidadão. Consequentemente, não é liberado de sua responsabilidade pelo êxito do projeto de uma ordem real de liberdades. Há apenas uma modificação de seu dever. O cidadão que atua legalmente contribui para a estabilização de uma ordem real de liberdades. No caso do autor de um delito, o dever primário de cumprimento se converte em um dever secundário de tolerância. De fato, tendo em vista que o delincente contrariou o axioma fundamental de toda juridicidade (o princípio de que somente há liberdade assegurada ao preço do cumprimento do dever), tem que suportar que se confirme às suas custas a indissolubilidade do vínculo entre desfrute da liberdade e cumprimento do dever de cooperação. O nome do ato de confirmação é “pena”<sup>820</sup>.

Cometer um delito, portanto, significa lesionar o dever do cidadão de cooperar com a manutenção do estado existente de liberdades juridicamente constituído; a pena retribui a quebra desse dever, restabelecendo as relações jurídicas perturbadas<sup>821</sup>. Uma teoria geral do delito consagrada ao desenvolvimento deste conceito de fato punível deve colocar em evidência quais são os critérios que tornam possível a determinação do conteúdo do dever de cooperação em uma concreta situação de fato<sup>822</sup>.

Os limites concretos dos comportamentos penalmente relevantes não podem ser deduzidos diretamente da expectativa geral segundo a qual cada cidadão deveria respeitar a integridade de seu concidadão; é necessária uma regulação jurídico-positiva e sua correspondente interpretação específica<sup>823</sup>. A remissão à dogmática da parte especial não é suficiente para responder à questão acerca do conteúdo dos deveres de cooperação. Deve-se desenvolver uma teoria das figuras gerais de fundamentação da imposição de deveres jurídico-penais. O critério central é a competência<sup>824</sup>. A ciência jurídico-penal se dedica há muito à tarefa de especificar e sistematizar as distintas tipologias de competência. Efetivamente, a teoria das posições de garante é precisamente expressão deste empenho. Entretanto, a doutrina dominante reconhece a questão de sob quais condições alguém é competente (obrigado como garante) pelo interesse alheio apenas no âmbito dos delitos omissivos impróprios. Segundo Pawlik, esta restrição subestima o potencial de

---

<sup>820</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.56-57.

<sup>821</sup> PAWLIK, Michael. Teoría de la ciencia del derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, n.106, 2012, pp.22-23.

<sup>822</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.81.

<sup>823</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.82-83.

<sup>824</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.83.

fundamentação da noção de competência. As raízes da teoria atual das posições de garante remontam a uma discussão geral da teoria dos deveres e à teoria do Estado, isto é, à distinção entre os deveres negativos e positivos e à pergunta de em que medida estes últimos poderia ser objeto de regulações jurídicas, especialmente penais. Não há razão, portanto, para esta restrição. Ao contrário, deve-se procurar precisamente compreender de que maneira se podem fundamentar tipos obrigacionais relevantes jurídico-penalmente<sup>825</sup>.

Como já foi dito, a função principal do direito penal consiste em possibilitar aos cidadãos que possam conduzir sua vida autonomamente. Tendo em vista essa função, em primeiro lugar, os cidadãos devem poder confiar em que a integridade de sua esfera jurídica seja respeitada pelas outras pessoas. A expectativa básica jurídico-penal que recai sobre cada cidadão e, em geral, a norma básica de comportamento interpessoal obrigaria a não piorar o nível de integridade da esfera jurídica alheia. Os deveres desta classe são denominados por Pawlik de competências de respeito<sup>826</sup>. Os deveres de respeito são a *conditio sine qua non* da liberdade pessoal. Com efeito, um sistema de deveres jurídicos de respeito se caracteriza por possibilitar uma distribuição igualitária do âmbito de interação humana, de modo que cada um possua uma parcela de liberdade, na qual o cidadão possa estar seguro frente a ataques de seus semelhantes, e possa configurá-la de acordo com seu entendimento. Inversamente, conforme à lógica de respeito, cada pessoa deve às demais única e exclusivamente uma “co-humanidade negativa”. Isto quer dizer que, por um lado, deve-se respeitar a esfera jurídica alheia, abstando-se de toda ingerência; por outro lado, não há um dever de auxílio, pois cada um deve assumir a extensão ou limitação, responsável ou acidental, de suas próprias possibilidades de ação<sup>827</sup>.

A expectativa de respeito se manifesta primordialmente na forma de uma proibição de ingerência na esfera jurídica alheia. A liberdade organização e a proibição de ingerência representam dois lados da mesma moeda: desde os postulados da teoria da liberdade, uma liberdade de organização que não estivesse assegurada por uma proibição de ingerência geral para os terceiros ficaria anulada. Contudo, com a proibição da ingerência não se determina plenamente a expectativa de respeito. O outro não deve estar pior do que estaria se não tivesse cruzado o caminho de quem cria o perigo. Dessa forma, tendo em vista a proteção de

---

<sup>825</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.83-84.

<sup>826</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.86.

<sup>827</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.86-87.

um sujeito frente a perigos, os mandados de neutralização não são menos relevantes que a proibição de causar danos<sup>828</sup>.

Os mandados de neutralização não se restringem à ingerência. Há ainda deveres do tráfico e a assunção. Quanto aos deveres do tráfico, reconhece-se com caráter geral a inclusão neste círculo dos perigos originados conforme ao direito. Em virtude dos deveres do tráfico, o cidadão fica obrigado à neutralização não só dos perigos decorrentes de comportamentos, mas também dos perigos provenientes de coisas<sup>829</sup>. Isto é assim porque a liberdade de organização jurídica não só contém a autorização para o uso e desfrute, mas também a autorização para a exclusão de terceiros pessoas. Esta última faculdade condiciona também a atribuição do poder jurídico para o exame do perigo e sua evitação em um estágio prévio às situações de risco grave. O titular de uma esfera jurídica pode vetar a ingerência de terceiros. Os terceiros não têm o direito a controlar por conta própria se aquela esfera jurídica se encontra efetivamente em um estado não perigoso. Só se pode confiar que este seja o caso. Esta impotência é a contraparte do poder de exclusão por parte do titular da esfera jurídica. Assim, quando se produz uma situação na qual esta confiança de segurança corre o risco de ser fraudada, o titular da esfera jurídica deve “pagar o preço pela liberdade” de excluir terceiros. Dado que o titular poderia ter organizado sua esfera jurídica de modo distinto, enquanto para os outros faltava o poder jurídico para isso, ele se encontra desde uma perspectiva normativa mais próximo do perigo que os demais. É, portanto, a ele que corresponde a competência pelas medidas de neutralização de risco<sup>830</sup>.

A “assunção efetiva” decorre da vinculação de interesses alheios a uma atividade própria<sup>831</sup>. Quando o terceiro se desprotege confiando na disposição expressa ou manifestada de forma concludente de sua segurança ou salvação, colocando assim em perigo a integridade de seus bens, incumbe ao artífice da declaração, em virtude do mandado de respeito – compensar mediante seus próprios atos o déficit de proteção que causou de maneira imputável; nesse sentido, a proibição original de lesão se transforma para ele em um mandado de evitação. Trata-se da “proibição de um comportamento autocontraditório”. Em favor de um estado jurídico promotor da liberdade como fim geral, subtrai-se ao autor a

---

<sup>828</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.87.

<sup>829</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*p.89.

<sup>830</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.90-91.

<sup>831</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. *Op.cit.*pp.91-92.

opção de desvincular-se livremente de sua disposição a assumir o risco declarada anteriormente<sup>832</sup>.

No que diz respeito ao estelionato, a partir dos papéis existentes na realidade social, Pawlik procura sistematizar as posições em que haveria um dever de veracidade como correlato direto da liberdade de organização. A assunção, os deveres do tráfico e a ingerência seriam as posições fundamentais para a dogmática do delito de estelionato. A fim de melhor compreender o pensamento do autor, serão expostos na sequência análises de (grupo de) casos concretos. O primeiro deles é a decisão da Quarta Sala Penal do BGH alemão, de 24 de abril de 2001, a qual reconheceu a punibilidade por estelionato da conduta de remeter cartas de ofertas similares a faturas<sup>833</sup>, fundamentando-se a condenação no fato de que provocação do erro no destinatário tinha sido expressamente perseguida pelo agente<sup>834</sup>.

Pawlik argumenta que a recente discussão acerca do estelionato demonstrou que, na interpretação do engano típico, as considerações objetivo-normativas de questões de competência têm um papel decisivo. Segundo terminologia de Lackner, trata-se da distribuição de um “risco de orientação” entre o autor de um comportamento potencialmente enganoso e seu destinatário. Esse entendimento do engano acentua a autorresponsabilidade do destinatário em adquirir informações e, conseqüentemente, tem um efeito de restrição da punibilidade. Inversamente, considerações de ordem subjetiva para determinação do engano típico podem resultar em uma ampliação da punibilidade da fraude<sup>835</sup>.

Na decisão mencionada, o Tribunal rejeitou o entendimento naturalista de engano, afirmando que não se protege pessoa negligente contra as conseqüências de sua própria negligência. Conseqüentemente, o destinatário de uma afirmação sobre fatos não pode simplesmente confiar cegamente em sua veracidade. O afetado tem cargas de cuidado; infringindo-as, ele próprio será responsável pelo prejuízo. A decisão, em determinado ponto, parece adotar um conceito normativo de engano, ao afirmar que este deve poder ser

---

<sup>832</sup> PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal. Op.cit.*p.92.

<sup>833</sup> Em síntese, tratava-se de um documento no qual constava uma oferta e a descrição de um serviço junto com elementos suficientes para o pagamento pelo referido serviço. Dessa forma, uma leitura desatenta do documento, ou melhor, seu aspecto geral daria a impressão de que se está diante de uma fatura a ser paga.

<sup>834</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? A la vez, un análisis del fallo BGHSt 47, 1: StV 2001, 680. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n.5, 2011, p.809.

<sup>835</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? *Op.cit.*pp.809 e 815.

objetivamente imputado ao autor. Em outras palavras: o patrimônio mereceria proteção somente frente aos enganos cuja detecção, segundo a mencionada distribuição dos riscos de orientação, não se possa esperar do próprio titular do patrimônio ou de seu representante. A decisão, contudo, falha ao, posteriormente, reduzir o conceito normativo à intenção do autor<sup>836</sup>.

Uma delimitação de âmbitos de responsabilidade realizada de modo consequente mediante critérios objetivos cumpre uma significativa função de salvaguarda da liberdade, isto é, a função de proteção de cada titular de uma esfera de direitos. Uma consequência de que o direito esteja efetivamente desvinculado de exigências genuinamente morais é que aquele que aja dentro dos limites de seu âmbito de responsabilidade não deve tolerar indagações alheias quanto ao seu âmbito interno, isto é, a respeito de suas finalidades. Recorrendo à terminologia de Kant<sup>837</sup>, pode-se dizer que o direito trata da conformidade com a lei, sem considerações acerca das motivações. Assim, se o indivíduo, dentro da esfera de direitos que a ele corresponde, não precisa prestar contas sobre suas intenções, então a determinação do alcance da esfera de direitos deve se dar forçosamente sem recorrer a estas intenções<sup>838</sup>.

A renúncia ao critério da finalidade de induzir a erro conduz a que o envio de cartas de oferta similares a faturas somente sob estritos pressupostos pode ser valorado como engano relevante para o delito de estelionato. De fato, em princípio, deixar de ler toda a mensagem (o que levaria à conclusão de que se trata de uma oferta) é uma conduta de risco por parte do receptor. Nem a falta de experiência comercial, nem a situação psíquica de exceção do destinatário modificariam tais considerações<sup>839</sup>. Somente se poderia imaginar um engano típico em um contexto comunicativo específico. Seria o caso, por exemplo, de um destinatário familiarizado com o aspecto típico das faturas, por um lado, e das cartas de ofertas, por outro, que não deve ter um motivo razoável para duvidar de que o documento

---

<sup>836</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? *Op.cit.*p.810.

<sup>837</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp.54 e ss.

<sup>838</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? *Op.cit.*p.811.

<sup>839</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? *Op.cit.*p.812.

recebido não seja uma fatura qualquer, mas sim a correspondente a uma determinada prestação recentemente contratada<sup>840</sup>.

Passa-se agora à exposição de outro trabalho de Pawlik, no qual ele desenvolve o conceito de aproveitamento de “defeitos de organização alheios”<sup>841</sup>. O autor começa por discutir os casos de creditação errônea em conta. Afirma que é bastante compartilhado o entendimento de que o risco de inexistência de uma dívida deve ser suportado por quem cumpre a prestação. Assim, a mera recepção de prestação não implica declarar a existência do direito respectivo. Entretanto, se o receptor for além da mínima intervenção, especialmente se exigir de alguma maneira a prestação não devida, segundo o entendimento tradicional, tal comportamento corresponderia a uma afirmação da existência de circunstâncias que fundamentariam o direito ao recebimento<sup>842</sup>. Portanto, o titular de uma conta que se aproveita de uma creditação errônea, retirando ou transferindo o dinheiro por erro disponibilizado em sua conta seria punido por estelionato<sup>843</sup>.

Segundo Pawlik, a questão penal desta situação concerne os limites das conclusões que uma das partes pode extrair legitimamente da falta de uma manifestação explícita da outra parte acerca de determinado tema. Em outras palavras: como é distribuído o risco de orientação entre os *partners* da comunicação. Concretamente, indaga-se se o empregado do banco que efetua o pagamento tem a faculdade de deduzir do silêncio do cliente uma manifestação de que existiria razão para a creditação, ou se o funcionário teria que partir da ideia de que o cliente não precisaria se manifestar de qualquer maneira (isto é, nem afirmando, nem negando direito algum). Na segunda formulação, o banco seria responsável por verificar as informações referentes à disposição patrimonial, de modo que não haveria qualquer engano típico<sup>844</sup>.

---

<sup>840</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? *Op.cit.*p.813.

<sup>841</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al §263 STGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 61, 2008.

<sup>842</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.34.

<sup>843</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.35.

<sup>844</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.37.

Segundo Pawlik, é correta a interpretação de que, do ponto de vista jurídico-penal, o banco suporta o risco de orientação a respeito de erros de seus funcionários originados em falhas de gestão de contas, visto que o cliente recebedor não aumenta o grau de desorientação da instituição financeira. Efetivamente, fora de especiais relações de confiança, o titular de um bem jurídico é responsável pelas consequências prejudiciais originadas na organização defeituosa de seu próprio âmbito jurídico. Esta responsabilidade está ligada ao conceito de direito subjetivo, pois este outorga ao titular a faculdade de exclusão, de não ingerência de outras pessoas. Desta faculdade de exclusão decorre que os terceiros não têm uma possibilidade juridicamente reconhecida de examinar os processos internos do âmbito jurídico alheio, muito menos de modificá-los por conta própria. Não reconhecer esta responsabilidade como limitação para o alcance do delito de estelionato criaria uma profunda assimetria em uma relação entre iguais. De fato, o titular do âmbito jurídico teria o direito a manter todos os ganhos decorrentes de sua organização; por outro lado, teria direito a desincumbir-se de certas responsabilidades para evitar prejuízos possíveis<sup>845</sup>. Expresso em termos de parte geral, a autoria do estelionato não depende da assimetria de conhecimentos, mas sim da responsabilidade pelo erro alheio, a qual será determinada normativamente<sup>846</sup>.

A conclusão pela não punibilidade do cliente também é aplicável aos casos em que um particular transfere dinheiro a outro. Pawlik exemplifica: A tinha o direito de cobrar uma soma X de uma companhia de seguros V. A seguradora remete um cheque com o valor devido para o banco no qual A tem uma conta. Dias depois, por equívoco, V envia para A um novo cheque no valor de X. A desconta o valor no banco. De acordo com Pawlik, em que pese a reprovabilidade moral e civil da conduta de A, não está configurado um estelionato em prejuízo de V. De fato, desde um ponto de vista jurídico-penal, de acordo com o princípio de distribuição de competências, segundo o qual o risco de orientação decorrente de defeitos da própria organização deve ser suportado por aquele em cujo âmbito jurídico se produz o referido defeito, V não teria direito a esperar que A informasse a

---

<sup>845</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.41.

<sup>846</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*p.42.



companhia sobre seu próprio equívoco, nem que levasse esta circunstância ao conhecimento do (funcionário do) banco<sup>847</sup>.

Por fim, Pawlik discute os casos em que o “autor” se aproveita de uma falta de atenção de seu *partner* durante comunicação ao entregar dinheiro. Ilustra a situação com um caso real decidido pelo Tribunal de Köln em 1987: A apresenta em um Banco Municipal S um pacote de bilhetes em moeda estrangeira, os quais, como A sabia, possuíam um valor aproximado de X, em moeda nacional. Devido a um erro na contagem dos bilhetes, a funcionária K concluiu que o valor dos bilhetes era de 4X, em moeda nacional. Ao ouvir o valor mencionado pela funcionária, a qual pergunta se é este mesmo o valor, A diz “Está bem”; posteriormente, recebe 4X. O Tribunal entendeu que a resposta afirmativa de A (“Está bem”) teria representado uma manutenção em erro, o que configuraria o estelionato. Mediante esta confirmação explícita, A teria favorecido o desenvolvimento da transação nos termos em que esta efetivamente se realizou<sup>848</sup>.

A decisão, segundo Pawlik, merece reparos. Efetivamente, pode-se imaginar o caso em que K somaria erradamente o valor dos bilhetes, chegando a um resultado menor do que o real (X/2, por exemplo). Nesta hipótese, A poderia atuar em seu próprio interesse, pedindo uma nova contagem dos bilhetes. Haveria, nestas circunstâncias, uma incumbência de A no sentido de solicitar a recontagem, a fim de evitar o próprio prejuízo. O Tribunal, em sua decisão, reconhece o dever de avisar que a soma está errada, favorecendo os interesses alheios. Em outras palavras, K tem a faculdade jurídica de impor em face de A, unilateralmente, um dever de cooperação reforçado penalmente. De fato, segundo o Tribunal, diante da pergunta de K (de se está correta a contagem), A teria o dever de colocar seu próprio nível de informação a serviço de S. De acordo com Pawlik, a decisão do Tribunal não está em conformidade com uma adequada distribuição do risco de orientação entre os *partners* da comunicação<sup>849</sup>. Embora, por regra geral, uma parte tenha o direito de esperar, ao solicitar uma informação, que seu interlocutor não minta conscientemente, a fiabilidade de informações proporcionadas por meio da linguagem não é um fim em si mesmo: serve

---

<sup>847</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*pp.47-48.

<sup>848</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*pp.49-50.

<sup>849</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*pp.50-51.

para possibilitar que a pessoa maneje de forma autorresponsável seu patrimônio, decidindo, por exemplo, sobre a aceitação de riscos econômicos. Este limitado objetivo não implica desincumbir o titular do patrimônio dos riscos que se geram para ele pelo fato de que deve processar e avaliar, dentro de sua própria esfera de organização, as informações relevantes para sua decisão. A decisão do Tribunal, na verdade, tem o efeito de desincumbir uma parte dos deveres de gestão autorresponsável, criando uma assimetria de deveres evidente entre as partes. O banco tem direito de determinação exclusivo sobre seu âmbito de organização. De fato, seria possível que o cliente sequer estivesse presente no momento da contagem. Tendo este direito exclusivo, não pode estender ao *partner* na comunicação, por meio de uma simples pergunta, a responsabilidade pela eliminação de eventuais erros da organização. Do contrário, o indivíduo participaria dos riscos da organização (alheia), mas estaria privado das vantagens jurídicas e econômicas desta organização. Não há qualquer razão convincente para se aceitar tal assimetria entre iguais<sup>850</sup>.

Como visto, o conceito central do pensamento de Pawlik acerca do alcance do tipo de estelionato é a competência pelos riscos de desorientação. Os casos analisados no presente tópico ilustram as hipóteses de responsabilidade da “vítima” pelos seus próprios riscos de desorientação. Efetivamente, como bem sintetiza Izquierdo Sánchez em sua exposição da concepção de engano típico em Pawlik, primeiramente, a vítima somente pode contar com a orientação do autor acerca de informações que este pode (e deve) obter no papel que concretamente ocupa na interação. O papel do autor pode figurar em uma atividade profissional e, neste caso, a informação que como tal pode obter pertencerá ao papel em que interage com a vítima. Conseqüentemente, esta última não pode contar com os conhecimentos especiais do autor. Não obstante, esta classe de conhecimentos pode chegar a formar parte do papel do autor quando este os incorpora inequivocamente em sua relação com a vítima. Em segundo lugar, compete prioritariamente à vítima a correta valoração do risco e o controle de suas necessidades na administração de seu próprio patrimônio. Conseqüentemente, ela mesma deve se orientar sobre os elementos que desempenham importante papel na oferta e demanda, a consideração acerca de se um determinado preço é adequado ou inadequado etc. Em terceiro lugar, também compete prioritariamente à vítima,

---

<sup>850</sup> PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? *Op.cit.*, pp.51-52.

enquanto titular de seu próprio patrimônio ou como administradora do alheio, as consequências prejudiciais originadas pela organização defeituosa de seu âmbito jurídico<sup>851</sup>.

#### 4.4 Lineamentos de um conceito normativo de engano típico

Antes de delinear a concepção aqui defendida de engano típico, preliminarmente, devem ser rejeitadas as tentativas de exigência de alguma forma de “qualificação” da conduta enganosa, como, por exemplo, há muito propõe a teoria da *mise-en-scène*. Como aponta Hernández Basualto, o nível de proteção da vítima do delito de estelionato é, no limite, uma decisão política. Consequentemente, a normativização do tipo de estelionato não implica a validação de exigências de um engano qualificado. Ao contrário: contatos anônimos e estandardizados contam com poucos mecanismos de orientação, de modo que seria razoável alguma garantia normativa para poder confiar por princípio no outro, o que reduziria os custos de transações. Em outras palavras, a adoção de algum pressuposto de desconfiança seria disfuncional. Logo, a normativização não oferece sustento para a exigência de um engano qualificado. Com efeito, a perspectiva normativista apenas procura definir esferas de responsabilidade e deveres associados a essas esferas, fixando *ex ante* o alcance das proibições e mandados penais. Assim, a exigência de qualificação do engano como decorrência da compreensão normativa do tipo, além de um equívoco técnico, revela-se uma tentativa pouco idônea para a adequada delimitação da conduta prosrita. De fato, na medida em que a definição do que uma vítima concreta possa crer sem ser considerada crédula ou negligente a ponto de não merecer tutela penal dependerá de um número variável de circunstâncias, o que faria da normativização apenas uma orientação geral, vaga e insegura<sup>852</sup>.

Este trabalho se insere no rol daqueles que defendem a inserção dos deveres de veracidade na dogmática do tipo de estelionato. Esta afirmação, entretanto, como os tópicos anteriores evidenciaram, não diz muito. Deve-se deixar indicado que não se propõe a adoção dos deveres de veracidade como critério de restrição do alcance típico no sentido de que haja

---

<sup>851</sup> IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Op.cit.*p.47.

<sup>852</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*pp.30, 34-35.

um espaço legítimo para que uma parte tente enganar a outra, como, até onde se alcança, propõe Pastor Muñoz, ao vincular os deveres de veracidade aos deveres de autoproteção por meio da ideia de acessibilidade normativa. Propõe-se aqui uma concepção de deveres de veracidade no sentido de dever de evitar um prejuízo, compreendido nos termos expostos no Capítulo III.

A adoção de um conceito pessoal de patrimônio não muda a premissa de que, por princípio, quem intervém no tráfico econômico é responsável pela gestão de seu próprio patrimônio. Consequentemente, não é exigível que uma parte zele pelos interesses da outra. Dessa forma, em uma negociação entre A e B, A não tem o dever jurídico-penal de garantir que B tome a melhor decisão (desde a perspectiva de B) com base nas melhores informações possíveis. Tome-se o caso proposto por Víctor Gabriel Rodríguez: C deixa em testamento uma valiosa coleção de canetas antigas para seu sobrinho D. Contudo, este não estava ciente do valor das peças e, após a morte do tio, as recebeu dentro de um plástico preto, situação a qual o fez pensar que as canetas tinham apenas um valor sentimental. Um comerciante fica sabendo do caso e adquire toda a coleção por um valor muito inferior ao preço de mercado. Após ser informado de que a quantia paga pelos objetos foi irrisória, dado seu milionário valor, D entende-se vítima de um estelionato<sup>853</sup>. É lícito o comportamento do comerciante, na medida em que este se limita a estipular um preço. O conhecimento de que o valor oferecido era irrisório em face do valor real de mercado da coleção, embora possa receber uma reprovação ética, é irrelevante do ponto de vista penal. Estruturalmente, o exemplo de Rodríguez é semelhante ao caso discutido por Pawlik de envio de carta de ofertas semelhantes a faturas: trata-se de uma mera proposta de um negócio regular, cuja aceitação, embora prejudicial em termos econômicos, é um assunto de exclusiva responsabilidade da “vítima”, isto é, de quem concorda com a realização do negócio.

Hernández Basualto restringe o engano típico ao afirmar que não comete estelionato quem mente em um contexto não negocial (por exemplo, quem mente em um testemunho, ou quem afirma algo falso que é ouvido por alguém que não era destinatário da mensagem), ou quem mente acerca de um aspecto irrelevante do ponto de vista negocial<sup>854</sup>. Esta ideia

---

<sup>853</sup> Cf. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. O testamento Calatrava. In: *Laboratório de direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014, pp.255 e ss. Na página 275, pode-se ler o seguinte argumento do comerciante, acusado de estelionato pelo herdeiro: “Não poderia dizer para ele algo do tipo ‘eu estou fazendo um excelente negócio para mim e péssimo para você’”.

<sup>854</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa. *Op.cit.*p.36.

parece essencialmente correta. Todavia, não é uma tarefa tão simples definir quais seriam os aspectos irrelevantes de uma transação. É difícil encontrar limites materiais intransponíveis ao engano típico. Em consonância com o conceito de prejuízo proposto neste trabalho, propõe-se aqui a adoção de uma análise “procedimental” para definição dos aspectos relevantes de uma disposição patrimonial. Por exemplo: em um primeiro momento, pode-se imaginar que a mentira acerca da margem de lucro de um negócio seria irrelevante do ponto de vista jurídico-penal; em regra, efetivamente, será. Contudo, do fato de em geral tal aspecto ser irrelevante, não se pode deduzir uma limitação de ordem material: é possível que em uma negociação concreta a margem de lucro seja um elemento fundamental para a disposição patrimonial, *e.g.*, ao se comprar itens sem qualquer utilidade para a vítima apenas para que o dinheiro tivesse alguma utilidade para o vendedor.

A possibilidade de (re)definição das circunstâncias essenciais para o ato de disposição remete à distinção entre interações negociais padronizadas (standardizadas) e interações negociais não padronizadas (não standardizadas). No caso de negociações padronizadas, as finalidades da disposição também serão standardizadas, isto é, definidas previamente, sem necessidade de manifestações das partes. A frustração destas finalidades configuraria o prejuízo. Deve-se ter em vista, não obstante, que o titular do patrimônio pode procurar, com a disposição patrimonial, alcançar finalidades não standardizadas. Dessa forma, os termos do negócio são fundamentais para a verificação da ocorrência de um prejuízo típico. Mas não só. Os termos do negócio também estabelecem os limites dos deveres de veracidade. Efetivamente, uma parte não tem o dever de orientar a outra durante a realização do negócio. Ao contrário, é lícito que todos procurem fazer o melhor negócio possível tendo em vista seus próprios interesses, o que, na maioria das circunstâncias, vai contra os interesses da outra parte. Entretanto, as condições da disposição patrimonial firmadas intersubjetivamente criam limites à procura do “bom negócio”. Com efeito, as condições intersubjetivas da disposição criam expectativas de comportamento em relação ao interlocutor. Dessa forma, as condições intersubjetivas expressas inequivocamente vinculam as partes, de modo que, diante da não satisfação de determinada condição, a parte tem o dever de informar.

A título de conclusão, para se delinear o conceito de engano típico, deve-se, como uma questão preliminar, reconhecer que este tem forma livre, sendo desnecessária qualquer exigência acerca da qualificação da conduta enganosa. De fato, a compreensão normativa do

engano típico implica tão-somente uma divisão de responsabilidades em uma interação econômica. Referida divisão é importante, pois uma parte não pode ter a incumbência de zelar pelos interesses da outra, sendo lícito aos agentes, portanto, procurar a realização do melhor negócio possível desde sua perspectiva. Dessa forma, em uma interação negocial padronizada, cada parte tem uma margem de liberdade para tentar obter o máximo de proveito econômico, sendo suficiente que cumpra com o *script* do negócio. Todavia, decorre da própria concepção de patrimônio a possibilidade de firmar finalidades intersubjetivamente vinculantes essenciais ao ato de disposição. Em outras palavras, as partes podem redefinir os termos de um negócio, estipulando condições para a interação econômica que fogem aos termos de um negócio padrão. Tendo em vista que as condições de disposição da interação não padronizada são estabelecidas *intersubjetivamente*, os deveres de veracidade das partes encontram seu fundamento e delimitação nas circunstâncias comunicativas da interação negocial. O essencial, em todas as hipóteses, é que os termos das condições de disposição patrimonial sejam claros para as partes. Assim, esquematicamente, em uma interação negocial padronizada, os termos do negócio estão previamente definidos; nas interações não padronizadas, as finalidades da disposição são intersubjetivamente definidas, de modo que as partes reconhecem as expectativas alheias, o que reconfigura os deveres de veracidade, na medida em que os agentes se vinculam aos termos do negócio.

## CONCLUSÕES

Da exposição feita, podem ser encontradas as seguintes conclusões, enumeradas em 33 tópicos:

(I) A fraude é um conceito que, dada sua fluidez, não admite uma definição precisa. Em termos bastante amplos, pode-se tentar compreender a fraude como um vício nas interações humanas, consistente em alguma forma de comportamento enganoso. A conduta fraudulenta causa prejuízo que, em geral, converte-se em vantagem ilícita para o autor. Durante algum tempo, procurou-se compreender a fraude pelo negativo: a fraude seria a manifestação criminosa que não é violenta.

(II) A concepção de fraude como oposição à violência vinha acompanhada de uma ideia de que a primeira substituiria a segunda como forma predominante de manifestação da criminalidade, notadamente nos crimes patrimoniais. Esta ideia, relativamente bem aceita até o início do século XX, tinha como principal fundamento teórico as mudanças sociais ocorridas após a Revolução Industrial. De fato, historiadores apontam, no período mencionado, uma redução da violência em geral, condicionada pelo estabelecimento de um modo de vida mais civilizado. Entretanto, a redução geral da violência não foi acompanhada do arrefecimento da repressão. As mudanças sociais que provocavam a transição da criminalidade de sangue para a criminalidade de fraude foram acompanhadas por uma série de transformações de ordem econômica, tais como a valorização da propriedade e o aumento das riquezas, simultâneas ao refinamento das práticas repressivas e de vigilância.

(III) A tese de que o progresso civilizatório contribui para a redução da criminalidade violenta e para o crescimento da criminalidade fraudulenta – a qual baseava-se em uma tendência de estabilidade no número (oficial) geral de crimes, com crescente predomínio dos delitos não violentos – foi contraposta por uma tese de maior aceitação: o progresso social favoreceria a redução de qualquer forma de delinquência, violenta ou fraudulenta. Contemporaneamente, muitas análises criminológicas apoiam essa visão, embora ainda sejam discutidas as possíveis causas do fenômeno da redução da criminalidade.

(IV) Contudo, na última década, notadamente, a tese de redução geral da criminalidade tem sido contestada. A crítica fundamenta-se em três pilares. Em primeiro lugar, as pesquisas recentes sobre vitimização falham metodologicamente ao ignorar uma

série de vítimas invisíveis, tais como as pessoas desabrigadas. Em segundo lugar, afirma-se que a causa da aparente redução da criminalidade seria, paradoxalmente, o recrudescimento do crime, visto que, precisamente nas regiões de maior incidência criminal, haveria uma “normalização diferenciada”, a qual faz com que as pessoas sequer reconheçam atos de violência (salvo quando extremos) como algo criminoso, tornando, conseqüentemente, as estatísticas incapazes de refletir a realidade. Uma terceira causa da aparência de declínio é o fato de que as formas de manifestação da criminalidade mudam, de modo que os indicadores utilizados nas pesquisas de vitimização não conseguem captar os “novos crimes”. Nesse sentido, os crimes cibernéticos e as práticas fraudulentas cometidas no âmbito empresarial seriam responsáveis por certa invisibilidade da vítima.

(V) A fraude manifesta-se de diversas formas, sendo a mais basilarda o estelionato. Compreendido pela absoluta maioria da doutrina como delito contra o patrimônio, é reconhecida certa transcendência, ou uma natureza híbrida deste crime, o qual, em algumas hipóteses, afeta secundariamente interesses que ultrapassam o âmbito individual. Dessa forma, o estudo do estelionato pode se dar também no contexto do chamado direito penal econômico. De fato, desde um ponto de vista criminológico, são reconhecidas semelhanças entre o estelionatário e o criminoso de colarinho branco, notadamente a facilidade de interação social.

(VI) Desde uma perspectiva dogmática, também são identificadas conexões entre o estelionato e delitos econômicos. Com efeito, a fraude, o elemento essencial do delito mencionado, manifesta-se também de modo a lesionar ou colocar em perigo bens supraindividuais. Talvez o exemplo mais ilustrativo dessa transcendência do tipo penal seja a proibição da propaganda enganosa – a qual, inclusive, é estudada por parte da doutrina como uma forma de antecipação da tutela penal do estelionato. Mas a regulação da publicidade não é o único exemplo. A tutela do consumidor tem um caráter secundário de tentativa de repressão da distorção fraudulenta da livre concorrência. Raciocínio semelhante está por trás da imposição da proibição da fraude no âmbito do mercado de valores mobiliários.

(VII) A doutrina aponta também um caráter supraindividual para as hipóteses de fraude de seguros e fraudes de crédito. Embora, a princípio, tais situações descrevam um estelionato comum (obtenção de vantagem mediante engano), o prejuízo provocado tem um aspecto transcendente, já que, ao final, será sentido por outros usuários dos serviços.



Transcendente também seria o prejuízo nos casos de fraudes de subvenções e tributárias, visto que os recursos não teriam a destinação correta.

(VIII) O estelionato clássico, constituído pelo engano em uma interação entre indivíduos, geralmente perpetrado presencialmente, não é bastante para abarcar todas as manifestações de fraudes patrimoniais contemporâneas. Contudo, o fato de ser o estelionato a espécie padrão do gênero fraude, indica que, a despeito da existência de tipos penais específicos, a ideia essencial do estelionato, qual seja, do engano que causa prejuízo patrimonial, vai muito além do artigo 171 do Código Penal Brasileiro. Todas essas considerações evidenciam a relevância de se estudar o tipo fundamental da fraude.

(IX) A formação histórica do delito de estelionato deixa claro seu aspecto de “arma de reserva” ou de “cláusula geral de tutela patrimonial”. Com efeito, o tipo apresenta certa fluidez, o que deixa impreciso seu alcance. Além disso, o fato de que, muitas vezes, a conduta fraudulenta se manifesta em uma relação negocial, fez com que, por muito tempo, a doutrina procurasse estabelecer a delimitação entre o dolo – vício de consentimento – civil e o engano configurador do estelionato. Daí surge a centenária discussão acerca da distinção entre a fraude civil e a fraude penal. Na tentativa de encontrar os critérios diferenciadores, desenvolviam-se desde teorias subjetivas, as quais baseavam a configuração do estelionato na intenção do agente, até teorias objetivas, segundo as quais a existência do crime dependeria da natureza do meio iludente, passando por uma série de posturas que poderiam ser classificadas como intermediárias.

(X) Dentre os critérios objetivos, o de maior destaque foi a teoria francesa da *mise-en-scène*, segundo a qual a configuração do estelionato requer algo de material, um fato exterior, como o uso de algum aparato ou a intervenção de um terceiro para dar crédito ao que se afirma, o que excluiria a possibilidade de se cometer uma fraude punível por meio de uma mera mentira. O critério legislativo mostrou-se problemático, pois, por um lado, não conseguiu delimitar o que seria um engano constitutivo de um delito e o que seria manifestação de dolo civil ou comercial, e, por outro, ao prever as formas de manifestação do engano punível, a lei garantiria a impunidade ao estelionatário engenhoso, capaz de encontrar um modo de enganar não previsto pelo legislador.

(XI) Buscou-se também a distinção entre tipos de fraude por meio do objeto sobre o qual recairia o engano. Segundo esta concepção, haveria delito no caso de o engano provocar

um erro sobre a existência da coisa negociada; por outro lado, se o erro recair sobre a existência de uma qualidade acessória da coisa, tratar-se-á apenas de ilícito civil. Em favor desta concepção, argumentava-se que, embora haja ofensa ao direito de propriedade nos dois casos (existência da coisa e presença de uma qualidade da coisa), este direito somente seria destruído, configurando verdadeira perda, no caso em que a coisa negociada não existe. Contra este entendimento, pode-se objetar que a diferença entre existência e qualidade da coisa depende das circunstâncias e finalidades negociais. Além disso, se se reconhece que há ofensa nas duas situações mencionadas (existência ou qualidade da coisa), a distinção deveria tratar do *quantum* da pena, visto que o injusto já estaria configurado.

(XII) A irreparabilidade do dano também foi apontada como critério para diferenciar os tipos de fraudes. A fraude penal, de acordo com esta concepção, seria aquela em que o engano recai sobre alguma relação decisiva para a realização de uma eventual ação civil para reparação do dano. Todavia, em tese, o dano patrimonial seria reparável. Dessa forma, a “irreparabilidade” decorreria de circunstâncias meramente acidentais. Nesse sentido, pode-se afirmar que não há propriamente qualquer critério para dizer se um dano é ou não reparável.

(XIII) Grande destaque merecem as estruturas teóricas que buscam distinguir entre as naturezas das fraudes no comportamento da vítima. Em síntese, os defensores dessa concepção, com ligeiras variações, entendiam que a configuração do estelionato dependeria de uma fraude apta a iludir a perspicácia de uma pessoa cautelosa. Conseqüentemente, nos casos em que a fraude é facilmente perceptível, desvendável com apenas um pouco de atenção, ainda que houvesse engano e prejuízo, configurar-se-ia apenas um dolo civil, visto que a vítima agiu renunciando à prudência exigível. Uma crítica feita contra a concepção exposta era a de que o estelionato perderia sua característica de delito em si, com características próprias, permanentes e constantes, pois um mesmo ato poderia ser ou não criminoso a depender das aptidões e capacidades do sujeito passivo. Além disso, esta teoria acabava por subverter a lógica penal de conferir maior proteção precisamente para quem dela mais precisa: a regra é que a restrição da possibilidade de defesa da vítima agrava o delito, porém, no estelionato, ao se adotar o critério do homem médio, o raciocínio seria invertido, pois a menor possibilidade de defesa decorrente da inferioridade intelectual da vítima teria como efeito o não reconhecimento da configuração do crime.

(XIV) As teorias subjetivas de distinção entendiam que o dolo civil compreenderia em geral a astúcia e o artifício que, apesar de reprováveis, seriam empregados menos para causar prejuízo alheio do que para atender a um interesse legítimo, o ânimo de lucro; por sua vez, o dolo criminal, a fraude punível teria como característica não apenas o emprego da astúcia ou do artifício, mas o uso de manobras fraudulentas, tendentes a enganar, de modo que, para além da satisfação do ânimo de lucro, procura prejudicar interesse alheio. A crítica que se faz é a de que a má-fé, empregada com o intuito de obter algum lucro ilícito, teria como resultado o prejuízo de outrem. Não seriam possíveis atos contra o patrimônio alheio que tenham por fim um enriquecimento injusto sem causar prejuízo.

(XV) A doutrina nacional segue as teses de Nelson Hungria, desenvolvidas na década de 1930. Após discutir longamente as teorias acerca da antijuridicidade, o autor mencionado constatou que, embora da perspectiva do direito positivo seja possível diferenciar um ilícito civil de um ilícito penal, não se pode encontrar qualquer critério científico para distinguir o tratamento dado a fatos antijurídicos penais e civis: haveria apenas um critério de conveniência política. Da impossibilidade em sentido amplo decorreria a impossibilidade específica no âmbito da proteção ao patrimônio: se não se pode diferenciar um ilícito penal de uma infração civil, não se poderia diferenciar um estelionato de um dolo civil, sendo ambos ontologicamente idênticos. A exemplo da avaliação do legislador acerca da gravidade de uma conduta e da necessidade de dispensar-lhe tratamento civil ou penal, o magistrado deveria analisar a intensidade ou a gravidade da fraude no caso concreto e decidir se se trata ou não de um delito. A dogmática, portanto, deveria aceitar a casuística, pois todas as tentativas de se separar a fraude criminal da não criminal ter-se-iam mostrado incompletas.

(XVI) Três críticas principais podem ser feitas ao “critério” da gravidade do engano como elemento determinante da configuração do estelionato. Em primeiro lugar, deixar ao arbítrio judicial a decisão acerca da ocorrência ou não de uma fraude criminalmente punível implicaria, no mínimo, a flexibilização do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*). Em segundo lugar, o critério da gravidade, desde uma perspectiva abstrata, é bastante impreciso. De fato, não são conhecidos os parâmetros adequados para a avaliação da gravidade da fraude. Por fim, pode-se fazer uma crítica contextual ao critério da gravidade: aceitá-lo como determinante para o reconhecimento da natureza criminosa do engano tende a favorecer, em um contexto de recrudescimento punitivo, a expansão do alcance do artigo 171 do Código Penal.

(XVII) Contemporaneamente, já não se discute a questão acerca da identidade ontológica entre fraude civil e fraude penal. O estelionato, de acordo com o entendimento mais recente, deve ser estudado em termos de tipicidade. De fato, no âmbito do estelionato, a imputação objetiva, por meio da determinação *ex ante* do alcance das proibições e dos mandados penais, pode indicar quais comportamentos enganosos, a despeito de ter causado uma disposição patrimonial prejudicial de terceiro, são irrelevantes do ponto de vista do direito penal. Deve-se, portanto, realizar um estudo dogmático dos elementos do tipo de estelionato.

(XVIII) O primeiro elemento do estelionato a se estudar deve ser o prejuízo. Esta ordem de análise tem um aspecto prático: diante de uma situação em que haja dúvida acerca do caráter criminoso do engano, é necessário conferir se houve ou não prejuízo típico, ou pelo menos um risco de prejuízo típico, nos casos de tentativa. Não havendo possibilidade de configuração de prejuízo, não haverá estelionato. Reconhecendo-se que o estelionato é um delito patrimonial, tem-se que o prejuízo típico seria uma lesão ao patrimônio.

(XIX) Patrimônio é um conceito jurídico, decorrente das construções teóricas do direito privado acerca da interpretação dos elementos patrimoniais. Todavia, tais construções podem ser redesenhadas corretivamente, para evitar que o conceito de patrimônio fuja às finalidades jurídico-penais. Reconhecendo a não irrelevância da valoração jurídico-civil das relações econômicas, os bens destas relações podem encontrar-se em três situações: (a) bens não ilícitos, isto é, reconhecidos pelo direito e que estão na esfera patrimonial de quem deveriam estar, seja o proprietário ou o possuidor legítimo; (b) bens que, a despeito de eventual valor econômico, não são reconhecidos pelo direito, não integrando, portanto, o patrimônio; (c) bens que, em si, são reconhecidos pelo direito, porém são adquiridos ou negociados em um contexto de irregularidade jurídica. Integram esta última categoria os casos de engano em negócio ilícito e de fraude contra possuidor ilegítimo.

(XX) Os enganos em negócios ilícitos não constituem estelionato, visto que quem realiza um negócio ilícito assume o risco da fraude, pois aceita a troca de um elemento patrimonial (normativamente reconhecido) por uma expectativa não jurídica (meramente fática) e, assim, assume a perda da tutela da referida expectativa. Quanto à fraude contra possuidor ilegítimo, deve-se reconhecer a não configuração de estelionato, por duas razões: (a) a fraude contra um possuidor ilegítimo não lesa o patrimônio do titular do bem, vítima do delito antecedente, pois o prejuízo já está consumado; (b) não há lesão ao patrimônio do

possuidor ilegítimo porque a posse ilícita, embora protegida, não integra o patrimônio. O engano seria uma mera afetação da liberdade geral de agir.

(XXI) A primeira concepção de patrimônio foi a jurídica. De acordo com esta perspectiva, pertenceriam ao patrimônio, positivamente, todas as pretensões de caráter jurídico-patrimonial, bem como, negativamente, todas as obrigações de mesma natureza de uma pessoa. O prejuízo, conseqüentemente, não seria compreendido em termos econômicos, mas sim jurídicos. De fato, o dano patrimonial típico do estelionato consistiria na perda ou mera limitação de direitos subjetivo-privados. Tal concepção foi alvo de duas críticas principais. Em primeiro lugar, o direito penal renunciaria a um conceito próprio de patrimônio, resultando em um conceito de prejuízo formal. Em segundo lugar, ao não reconhecer o prejuízo como diminuição do valor do objeto de um direito, a teoria jurídica adota praticamente o conceito “antieconômico” de patrimônio. Com efeito, o conceito de prejuízo fica demasiado extenso, visto que seria reconhecido nos casos em que a fraude recai sobre coisas carentes de valor, e, também, quando há compensação econômica entre prestação e contraprestação. Por outro lado, o conceito de prejuízo ficaria muito estreito, pois não seria reconhecido nos casos em que o engano afeta posições com valor de mercado não constitutiva de um direito subjetivo patrimonial.

(XXII) A teoria jurídica foi confrontada pela concepção econômica, segundo a qual o patrimônio é compreendido como um elemento da vida econômica, constituído pelo conjunto de todos os valores relevantes para a vida econômica da pessoa. O prejuízo, conseqüentemente, estaria configurado com a constatação de maior fragilidade econômica – medida contabilmente – da vítima após o ato de disposição. A nova concepção, todavia, também apresentou excessos e insuficiências. De fato, por um lado, a consideração de todas as circunstâncias economicamente apreciáveis torna digno de tutela, inclusive, um bem ilícito; por outro lado, haveria um déficit de criminalização quando há compensação contábil, isto é, equivalência meramente econômica entre a prestação e a contraprestação, sem levar em consideração o sentido e a finalidade da disposição patrimonial.

(XXIII) A concepção mista surge a partir da necessidade de resolução dos casos problemáticos, os quais não poderiam ser adequadamente resolvidos pelas concepções puras (jurídica ou econômica). Dessa forma, toma-se da teoria jurídica a ideia de que os bens ou valores devem ser possuídos em virtude de uma relação jurídica, o que supõe uma restrição à teoria estritamente econômica; advém da teoria econômica a exigência de que o direito

subjetivo tenha um valor econômico, o que matiza o conceito estritamente jurídico. Todavia, a concepção mista requer critérios de correção, pois apresenta sérias dificuldades para resolver dois grupos de casos: (a) hipóteses em que há fraude com equivalência monetária entre prestação e contraprestação, e (b) situações em que há frustração de finalidade em prestação unilateral. Daí a teoria mista ser aceita com os critérios corretivos da concepção objetivo-individual de dano e da teoria da frustração da finalidade de disposição.

(XXIV) As teorias objetivo-individual e de frustração de fins são corretivos pessoais aplicados em uma concepção ainda mista de patrimônio, adotados com a finalidade de evitar soluções político-criminalmente insatisfatórias de casos concretos. A concepção pessoal de patrimônio, nesse sentido, apresenta-se como um avanço dogmático, na medida em que oferece uma congruência conceitual entre o patrimônio e sua lesão. Para avaliar a ocorrência de prejuízo, o conceito pessoal adota a perspectiva concreta de valoração, segundo a qual a valoração emitida pelo titular do patrimônio prevalece sobre o juízo emitido pelo mercado. Contudo, para evitar excessos de subjetivização, as finalidades do negócio devem ser intersubjetivamente estabelecidas.

(XXV) O erro, visto por parte da doutrina como um elemento essencial do estelionato, na medida em que liga o engano e a disposição patrimonial prejudicial, é majoritariamente compreendido em termos psicológicos, isto é, o erro da vítima é definido como uma falsa representação da realidade. Todavia, esta concepção apresenta dificuldades de aplicação no tratamento de determinados grupos de casos de grande relevância prática, notadamente: (a) situações de total ausência de representação (*ignorantia facti*); (b) hipóteses em que há dúvidas menos ou mais intensas sobre a veracidade das afirmações.

(XXVI) Quanto à questão da mera ignorância, deve-se reconhecer que a definição de erro como desconhecimento de fatos é incompleta, haja vista que não é qualquer desconhecimento que dará ensejo a uma tutela penal. Por outro lado, a definição de erro como positiva representação falsa da realidade tampouco é aceitável visto que não é qualquer representação errônea, meramente colateral, capaz de ensejar a tutela penal. Quanto à representação de meras possibilidades, isto é, casos em que a vítima tenha dúvidas acerca da correção do que lhe é exposto, uma perspectiva vitimodogmática procura atribuir certa corresponsabilidade da vítima junto ao autor, notadamente na hipótese em que a vítima tenha dúvidas concretas, as quais podem ser compreendidas como uma oportunidade de que a vítima se proteja, por meio da verificação da veracidade do que é incerto.

(XXVII) Uma concepção normativa de erro deve procurar superar as limitações impostas pela concepção psicológica. Nesse sentido, o erro pode ser compreendido como uma defraudação de expectativa da vítima de que não lhe faltem com a verdade, independentemente de eventual prévia reflexão acerca dos fatos (o que tornaria desnecessário o recurso à co-consciência como critério para configuração do erro nos casos de ausência de qualquer representação), e, conseqüentemente, independentemente de eventual mera representação de possibilidades. O erro já está na defraudação da expectativa em relação ao cumprimento de certa qualidade da conduta do autor. Entretanto, em que pese a superação de uma concepção psicológica, na análise do caso concreto, deve-se verificar se a vítima não sabia que a conduta do autor era enganosa. Com efeito, se a vítima tem plena consciência de que o comportamento do autor não condiz com a verdade, não se pode reconhecer que o sujeito tenha expectativas que serão frustradas.

(XXVIII) O engano pode manifestar-se de múltiplas formas. *Grosso modo*, é um meio não violento que vicia o consentimento do disponente, provocando, assim, um prejuízo patrimonial. A relação, permeada pelo engano, entre autor e vítima coloca a questão de como alguém pode ser responsabilizado pelo ato de disposição patrimonial prejudicial alheio. Uma primeira possibilidade de resposta iria no sentido de conferir prioridade à causação do erro, compreendendo o engano como o elemento que torna o autor responsável pelo prejuízo. Desde esta perspectiva, qualquer engano que consiga conduzir a vítima a um ato de disposição prejudicial é constitutivo de um estelionato. Embora perfeitamente possível compreender o engano em termos exclusivamente causais, questiona-se a conveniência do ponto de vista político-criminal dessa amplitude do conceito. Assim, surgem diversas teorias que procuram conferir um âmbito de responsabilidade à vítima. O reconhecimento deste âmbito, conseqüentemente, implicaria que nem todo engano que cause um erro é suficiente para transferir a responsabilidade pelo ato de disposição patrimonial prejudicial da vítima para o autor.

(XXIX) Uma primeira forma de tentativa de restrição do engano típico é o recurso ao conceito de fato, isto é, o engano, para fins de estelionato, somente poderia recair sobre elementos fáticos, sendo irrelevantes, do ponto de vista penal, os juízos de valor, aos quais, ademais, não se aplica o binômio verdadeiro/falso. Contudo, mesmo se aceitando que o juízo de valor por si não constitui engano típico, porque a cautela mínima exige a cada um formular suas próprias valorações, deve-se reconhecer que nem sempre a distinção entre fato

e valor é evidente, pois, a depender do contexto, manifestações valorativas podem ser razoavelmente compreendidas como afirmações acerca de propriedades do objeto negocial. Logo, o conceito de fato é bastante falho como critério de restrição do conceito de engano típico.

(XXX) O critério de adequação é uma segunda forma de tentativa de restrição ao conceito de engano. O engano adequado, entretanto, é entendido de duas formas: no sentido de aptidão e no sentido de adequação social (conduta que não ultrapassa o risco permitido). Aceitar o critério do engano adequado, no sentido de efetivamente apto a enganar, implica enfrentar a questão de se a aptidão deve ser valorada em atenção a uma medida objetiva que leve em conta como vítima a uma pessoa média ideal ou, ao contrário, a uma medida subjetiva que leve em conta as particularidades da vítima no caso concreto. Por um lado, a adoção de padrões objetivos para configuração do engano típico teria como consequência a negativa de proteção das vítimas especialmente débeis; por outro lado, a inserção de corretivos individuais torna bastante imprecisa tanto a avaliação *ex ante*, quanto a própria ideia de adequação, visto que o juízo acerca da aptidão da conduta enganosa para provocar um prejuízo variará em função de características pessoais da vítima. Quanto ao segundo sentido de adequação, afirma-se que o engano típico deve ultrapassar o âmbito do risco permitido, o qual teria como fundamento, além do fato de a mentira não ser punida em si mesma, uma suposta utilidade social do engano nas interações econômicas. Esta “utilidade social do engano”, todavia, só se sustenta se se aceitar que as negociações de natureza comercial não precisariam se desenvolver sob a condição de respeito a regulações mais ou menos intensas que buscam limitar os riscos inerentes ao desenvolvimento da atividade social. Ou seja, fundamentalmente, admitir um engano socialmente adequado seria reconhecer utilidade social às inveracidades que resultem em disposições patrimoniais prejudiciais.

(XXXI) Da necessária contribuição da vítima para a realização do tipo na forma de um ato de disposição patrimonial prejudicial, isto é, do caráter relacional do estelionato, decorrem duas perspectivas de análise do engano típico. Do ponto de vista formal, o estelionato pode ser compreendido como uma autoria mediata tipificada, com a peculiaridade de ter a própria vítima como instrumento. Tal compreensão, contudo, tem mais uma função de descrever estruturalmente o delito do que criar restrições ao tipo penal. De



fato, sem critérios materiais, a estrutura de autoria mediata não tem capacidade de dar resposta aos questionamentos acerca dos limites da tipicidade do engano.

(XXXII) Do ponto de vista material, o caráter relacional do estelionato coloca em discussão o tema da autorresponsabilidade ou dos deveres de autoproteção. Tendo em vista que, a princípio, a própria pessoa é responsável por seus atos, indaga-se se e em que medida a contribuição da vítima pode eliminar ou mitigar a responsabilização do autor, isto é, de quem pratica uma conduta enganosa. O grande problema dessa questão é a configuração de critérios de exigibilidade de mecanismos de autoproteção e a definição de seus limites. E é nesse ponto que a teoria apresenta suas maiores fragilidades. Em primeiro lugar, é bastante questionável exigir qualquer comportamento de autoproteção em um contexto de erro. Em segundo lugar, fundamentam-se os deveres de autoproteção da vítima de estelionato no princípio da subsidiariedade, o qual, segundo significativa parcela da doutrina, teria a função de restringir o uso das sanções penais quando disponíveis outras ferramentas estatais para proteção de bens jurídicos. Em terceiro lugar, não há uma explicação razoável sobre a razão de se restringir os deveres de autoproteção ao estelionato, não o estendendo aos outros delitos patrimoniais. Efetivamente, tal restrição decorre de um posicionamento político-criminal segundo o qual as vítimas de estelionato mereceriam menor proteção do que a dispensada às vítimas de outros delitos.

(XXXIII) O recurso aos chamados deveres de veracidade – como pressuposto para configuração do engano típico, cujo fundamento estaria não na causação do erro, mas no dever de evitá-lo – serve para estabelecer uma base conceitual comum para todas as formas de engano, o que permitiria a superação de justificações heterogêneas e potencialmente contraditórias das formas de engano reconhecidas, a saber, expresso, concludente e omissivo. Em concordância com a concepção de prejuízo exposta (a qual admite a possibilidade de graus de personalização do patrimônio), deve-se reconhecer que os deveres de veracidade variam em função dos termos da disposição patrimonial. De fato, as condições intersubjetivamente vinculantes do ato de disposição patrimonial criam expectativas de comportamento em relação ao interlocutor, de modo que não se satisfazendo determinada condição, a parte tem o dever de informar.

## BIBLIOGRAFIA

ALAS ROJAS, Diana Leonor. Comportamiento de la víctima del delito: la autopuesta en peligro. *Derecho y Cambio Social*, n.42, 2015.

\_\_\_\_\_. La estafa en las prestaciones ilícitas. Fundamentos para su atipicidad. *Derecho y Cambio Social*, n.39, 2015.

ALBANESE, Jay S. Fraud: the characteristic crime of the twenty-first century. *Trends in Organized Crime*. vol.8, nº 4, 2005.

ALONSO, Leandro. *Crimes contra o mercado de capitais*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 4.ed. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

AMSTERDAM, Anthony G.; BRUNER, Jerome. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ANDERSON, Susan Leigh. Coconsciousness and numerical identity of the person. *Philosophical Studies*. vol.30, n.1, 1976.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. Tese de titularidade – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1988.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale I. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ANTÓN ONECA, José. Las estafas y otros engaños. In: *Obras*. Tomo III. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.

ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. vol.II. Brasília: Senado Federal, 2004.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista penal*. v.1, 1998.

ARTEAGA SANCHEZ, Alberto. *La estafa y otros fraudes en la legislación penal venezolana*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971.

ARZT, Gunther. A parte especial do direito penal material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ASIMOV, Isaac. *Fundação*. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2009.

ASUA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 46, 1993.

AYER, Alfred Jules. Privacy. In: *The concept of a person and other essays*. London: The Macmillan Press, 1973.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Noé. *Falsidade e estelionato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BACIGALUPO, Enrique. *Estafa de seguro. Apropiación indebida*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.

\_\_\_\_\_. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 28, 1975.

\_\_\_\_\_. Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de “letras vacías” o no comerciales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 30, 1977.

\_\_\_\_\_. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

\_\_\_\_\_. ¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina jurídico administrativa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

BAKER, Tom. Embracing risk, sharing responsibility. *Drake law review*, v.56, 2008.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*, v.XXIV, 2011.

\_\_\_\_\_. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, nº13, 2011.

\_\_\_\_\_. Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena? *Revista de Estudios de la Justicia*, nº12, 2010.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo; PELLER, Michael Ferdinand. Análisis dogmático del concepto de “perjuicio” en el delito de estafa: Especial referencia al concepto de “perjuicio en forma de peligro”. *Revista de Estudios de la Justicia*, nº7, 2006.

BAREÏT, Nicolas. La bête humaine de Lombroso. *Revue d'Histoire littéraire de la France*. Ano 117, nº4, 2017.

BARROWS, Samuel J. *Seventh International Prison Congress held at Budapest, Hungary, September, 1905*. Washington: Government Printing Office, 1907.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMER, Eric P.; WOLFF, Kevin T. Evaluating Contemporary Crime Drop(s) in America, New York City, and Many Other Places. *Justice Quarterly*. vol.31, nº 1, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de risco mundial*. Em busca da segurança perdida. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BÉDARRIDE, Jassuda. *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*. Tomo I. Bruxelas: Meline, Cans & Cie, 1854.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código*

*Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

BEN-SHAHAR, Omri; HAREL, Alon. Blaming the Victim: Optimal Incentives for Private Precautions against Crime. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 11, n. 2, 1995.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *Modernity, Pluralism and the Crisis of Meaning*. The Orientation of Modern Man. Gütersloh: Bertelsmann Foundation Publishers, 1995.

BERGMANN, Matthias; FREUND, Georg. Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften. *Juristische Rundschau*. Heft 5, 1988.

BERNAQUI JAUREGUY, Carlos Alberto. *El delito de estafa y sus principios doctrinarios*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1943.

BERISTAIN, Antonio. *Victimología*. Nueve palabras clave. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007.

BIGELOW, Melville M. Definition of fraud. *The law quarterly review*. nºXII, 1887.

BIJLEVED, Catrien. Sex Offenders and Sex Offending. *Crime and Justice*, v.35, 2007.

BINDI, Francesco. *Le obbligazioni e i contratti*. Prato: Tipografia Giachetti, Figlio, 1896.

BINDING, Karl. *Grundriss des Deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 6.ed. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902.

BIRKMEYER, Karl. *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne*. Römisch-Rechtliche Quellenstudien. Erlangen: Verlag von Palm und Enkel, 1879.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial 3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*. v.V. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. 2.ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1978.
- BIX, Brian H. Doctrine, Data, and High Theory. *UC Irvine Law Review*. v.6, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4.ed. Bauru: Edipro, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- BOCK, Dennis. *Strafrecht*. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte. Berlin: Springer, 2018.
- BOCKELMANN, Paul. Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug. *Juristen Zeitung*, nº15/16, 1952.
- BÖCKING, Eduard. *Römisches Privatrecht*. Institutionen des römischen Civilrechts. Bonn: Verlag von Max Cohen und Sohn, 1862.
- BOITARD, Joseph-Édouard. *Leçons de Droit Criminel*. 9.ed. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'État, 1867.
- BORSARI, Luigi. *Commentario del Codice Civile Italiano*. Volume terzo, parte seconda. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1877.
- BOSCH, Fernando. *El delito de estafa de seguro*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.
- BRECHT, Bertolt. A ópera dos três vinténs. In: *Teatro Completo*. vol. III. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Conversas de refugiados*. Trad. Tercio Redondo. São Paulo: Editora 34, 2017.
- BRENNER, Susan W. Cybercrime: re-thinking crime control strategies. In: JEWKES, Yvonne (ed.). *Crime online*. London: Routledge, 2007.
- BRUNER, Jerome. *Acts of meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Actual minds, possible worlds*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita. Trad. Mario Carpitella. Bari: Editori Laterza, 2002.

\_\_\_\_\_. *The process of education*. 2.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

BRUNS, Hans-Jürgen. *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*. Berlin: Nicolaische Verlagsbuchhandlung, 1938.

BRYMAN, Alan. *Social Research Methods*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BUCCELLATI, Antonio. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Milano: Ulrico Hoepli Editore, 1884.

BUNG, Jochen. Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. n.6, 2016.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 2.ed. Barcelona: Bosch Editor, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Los delitos relativos a la prostitución en el Proyecto de Código penal de 1994. In: LATORRE LATORRE, Virgilio (Coordinador). *Mujer y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di Diritto Criminale*. Milano: Francesco Sanvito, Editore, 1863.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. Trad. Angel Ossorio. Caracas: UTEHA, 1962.

CARO-JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudência penal: el caso del taxista. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et al.* (Org.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Dettato nella r. Università di Pisa. v.I. 3.ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1867.

\_\_\_\_\_. *Programma del corso di diritto criminale*. Dettato nella r. Università di Pisa. v.IV. 2.ed. Lucca: Tipografia Giusti, 1869.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v.8, 2016.

CEREZO MIR, José. La estafa procesal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 19, 1966.

- CHARDON, Olivier-Jacques. *Traité du dol et de la fraude*, en matière civile et commerciale. Tomo I. Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1838.
- CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.
- CHAUVEAU, Adolphe; HÉLIE, Faustin. *Théorie du Code Pénal*. Tomo V. 5.ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 2009.
- \_\_\_\_\_. Engaño bastante y deberes de autoprotección: una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*. n. 2, 1999.
- \_\_\_\_\_. *El patrimonio criminal*. Comiso y pérdida de la ganancia. Madrid: Dykinson, 2001.
- CICERO, Marcus Tullius. *On Duties*. GRIFFIN, M.T.; ATKINS, E.M (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- CODIGO PHILIPPINO OU ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL. Livro V, Título LXV, Dos bulrões e inliçadores, e dos que se levantão com fazenda alhêa. 14.ed. Rio de Janeiro: Tipographia do Instituto Philomathico, 1870.
- COLE, Simon A.; CAMPBELL, Michael C. From subhumans to superhumans. Criminals in the evolutionary hierarchy, or what became of Lombroso's atavistic criminals? In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, P.J. (ed.). *The Cesare Lombroso Handbook*. London: Routledge, 2013.
- COMACK, Elizabeth; PETER, Tracey. How the Criminal Justice System Responds to Sexual Assault Survivors: The Slippage between "Responsibilization" and "Blaming the Victim". *Canadian Journal of Women and the Law*, v.17, 2005.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Estafas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- CORTESE, Giuseppe. *La struttura della truffa*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1968.
- COSENTINO, Vincenzo. *Breve comentario al codice penale italiano*. Napoli: Presso Gabriele Sarracino, 1866.
- COSSINS, Anne. Saints, Sluts and Sexual Assault: Rethinking the Relationship between Sex, Race and Gender. *Social & Legal Studies*, v.12, 2003.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador. Ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre Docência). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.



CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margin: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v.43, 1991.

CROALL, Hazel. Community safety and economic crime. *Criminology & Criminal Justice*. vol.9, nº 2, 2009.

\_\_\_\_\_. *Understanding white collar crime*. Buckingham: Open University Press, 2001.

CUCUMUS, Conrad. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*. Würzburg: Franz Ernst Ritribitt, 1820.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función definidora del elemento subjetivo del delito en Derecho penal, con especial referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, ejemplificada en la insolvencia y el decomiso. *InDret*. n.2, 2019.

CUGAT MAURI, Miriam. El tráfico de influencias: un tipo prescindible. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n.16-07, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal*. Parte especial. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DARLEY, John M. Morality in the Law: the psychological foundations of citizens' desires to punish transgressions. *Annual Review of Law and Social Science*. v.5, 2009.

DAVID, Louis. *Étude théorique & pratique sur le délit d'escroquerie*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1883.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEANE, Phyllis. *The first Industrial Revolution*. 2.ed. Cambridge: Cambridge university Press, 2003.

DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). núm. 11-08, 2009.

DEL TUFO, Valeria. *Profili critici della vittima-domatica*. Comportamento della vittima e delitto di truffa. Napoli: Jovene Editore, 1990.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el art. 282 del Código Penal Español (Una contribución a partir de una "hermenéutica valorativa"). *Revista de Derecho y Proceso Penal*. v.12, 2004.

DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Tomo XXIV. Paris: August Durand Libraire, 1868.

- DERNBURG, Arrigo. *Diritto della Obbligazioni*. Trad. Francesco Bernardino Cicala. 6.ed. Torino: Fratelli Bocca, Editori, 1903.
- DE VIGNEMONT, Frédérique. The co-consciousness hypothesis. *Phenomenology and the Cognitive Sciences*. vol.3, n.1, 2004.
- DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro *et al*. Madrid: Dykinson, 2010.
- DIAS, Augusto Silva. *Imputação objetiva de negócios de risco à acção de infidelidade*. Coimbra: Almedina, 2018.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 07-01, 2005.
- \_\_\_\_\_. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 06-03, 2004.
- \_\_\_\_\_. *La categoría de la antijuridicidad en derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2011.
- \_\_\_\_\_. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. vol.V. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DOIG, Alan. *Fraud*. Cullompton: Willan Publishing, 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo II-B. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001.
- DONNA, Edgardo Alberto; DE LA FUENTE, Javier Esteban. Aspectos generales del tipo penal de estafa. *Revista Latinoamericana del Derecho*, n.1, 2004.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación. *Dereito*, vol.21, n.1, 2012.
- \_\_\_\_\_. La estafa sobre datos registrales. *InDret*, n.3, 2006.
- DORT, Bernard. *O teatro e sua realidade*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

- DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998.
- DRUZIN, Bryan H.; LI, Jessica. The criminalization of lying: under what circumstances, if any, should lies be made criminal? *The Journal of Criminal Law & Criminology*. v. 101, n° 2, 2010.
- DUFFIELD, Grace; GRABOSKY, Peter. The Psychology of Fraud. *Australian Institute of Criminology*. n.199, 2001.
- DUTRUC, Gustav. *Le Code Pénal Modifié par la Loi du 18 avril (13 mai) 1863*. Paris: Cosse et Marchal, 1863.
- DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*. v.40, 1999.
- \_\_\_\_\_. The nature of autonomy. In: DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988.
- EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais*. Regime jurídico. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ELIADE, Mircea. *Mito e Realidade*. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales. In: ESER, Albin *et al.* *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ESTRICH, Susan. Rape. *The Yale Law Journal*. vol.95, n.6, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Real rape*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.
- EWALD, François. Risk in contemporary society. *Connecticut insurance law journal*, v.6, 2000.
- FALK, Patricia J. Rape by fraud and rape by coercion. *Brooklyn Law Review*. vol.64, n.1, 1998.
- FANELLI, Andrea. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1998.
- FATTAH, Ezzat. Victimologie: tendances récentes. *Criminologie*. v. 13, 1980.

FAURE *et al.* Motifs Du Livre III, Titre II, Chapitre II. In: *Code Pénal*, édition conforme a l'édition originale du Bulletin des Lois; précédé de l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'État, sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une Table alphabétique des Matères. Paris: Garnéry, Libraire, 1810.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. *Harm to self*. The moral limits of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRER SAMA, Antonio. Estafa procesal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 19, 1966.

FERRIS ALBENCA, Vicente Sebastián. La realización arbitraria del propio derecho. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 41, 1988.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, Vater, 1840.

FIDELIE, Laura Woods. Fraud. In: MILLER, J. Mitchell (Ed.). *The Encyclopedia of Theoretical Criminology*. Oxford: Blackwell Publishing, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Das infrações penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

FINZI, Conrado A. *La estafa y otros fraudes*. Buenos Aires: Ediciones, 1961.

FISCHEL, Daniel R. Efficient capital markets, the crash, and the fraud on the market theory. *Cornell Law Review*. v.74, 1989.

FISS, Owen. A teoria política das ações coletivas. In: *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma T. Muchail. 10.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 42.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 2.ed. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1901.

FREDERICO MARQUES, José. Estelionato: licitude civil e ilicitude penal. *Revista dos Tribunais*. v.560, 1982.

FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. Acerca del llamado derecho a la verdad. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n.5, 2011.

\_\_\_\_\_. Derecho penal y protección del clima. *InDret*. n.4, 2015.

\_\_\_\_\_. Derecho penal y solidaridad. A la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. *InDret*. n.4, 2016.

\_\_\_\_\_. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

\_\_\_\_\_. Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*. n.3, 2014.

\_\_\_\_\_. Transformaciones del derecho penal como consecuencia del cambio social. *Revista de Estudios de la Justicia*. n.21, 2014.

FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINDHÄUSER, Urs; GRÜNWALD, Gerald; PAEFFGEN, Hans Ullrich. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

FROMMEL, Monika. ¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. v. 3, 1997.

\_\_\_\_\_. Wie kann die Staatsgewalt die Frauen vor sexueller Gewalt schützen? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.7. 1987.

FUCHS, Helmut; REINDL-KRAUSKOPF, Susanne. *Strafrecht*. Besonderer Teil I. 3.ed. Wien: Springer, 2009.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores. *Revista catalana de seguretat pública*. n.13, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa. Comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004. Ponente: Excmo. Sr. D. J. R. Berdugo y Gómez de la Torre. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 58, 2005.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2015.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 7.ed. Saint Paul: West Group, 1999.

GARÓFALO, Raffaele. *La criminologia*. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2005.

GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Tomo I. 2.ed. Paris: Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1898.

\_\_\_\_\_. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Tomo V. 2.ed. Paris: Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901.

GEIB, Karl Gustav. Dei limiti, che separano la frode civile dalla criminale. In: MORI, F.A. (Org.). *Scritti germanici di diritto criminale*. Tomo III. Livorno: Andrea Nanni Editore, 1847.

GERMÁN ELIA, Daniel. Autorresponsabilidad de la víctima e imputación objetiva. Implicancias en el delito de estafa. *Revista de Derecho Penal*. n. 2, 2015.

GIBSON, Mary. Cesare Lombroso, prison science, and penal policy. In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, P.J. (ed.). *The Cesare Lombroso Handbook*. London: Routledge, 2013.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

\_\_\_\_\_. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

\_\_\_\_\_. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*, v.62, 1999.

GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. New York: Basic Books, 2009.

GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 2, v. 21, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre Docência). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 26.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. Atualizadores: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.38, 1985.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GÖSSEL, Karl Heinz. Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. *LEX*, n. 13, ano XII, 2014.

GOTTFREDSON, Michael R.; GOTTFREDSON, Don M. *Decision Making in Criminal Justice*. Toward the Rational Exercise of Discretion. 2.ed. New York: Springer Science + Business Media, 1988.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. n.1, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da defesa do consumidor em juízo. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. v.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

GRISOLÍA, Francisco. La estafa procesal en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*. vol.24, n.3, 1997.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo VII. Salamanca: Esteban-Hermanos, Impresores, 1897.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. *La realización arbitraria del propio derecho*. Tese (Doutorado). Valencia: Universitat de València, 2002.

GUARNERI, Giuseppe. *Diritto penale e influenze civilistiche*. Saggio su alcuni concetti della Parte Generale del Diritto Penale. Milano: Fratelli Bocca – Editori, 1947.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, v.93, 2007.

HAGENBUCHER, Florian. Der Herrschaftsbegriff als Basis des Vermögensbegriffs. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag & Media UG, 2002.

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. v. 108, n. 4, 2001.

HÄLSCHNER, Hugo. *Das preussische Strafrecht*. v.II. Bonn: Adolph Marcus, 1858.

HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999.

HAREL, Alon. Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault. *California Law Review*, v. 82, n. 5, 1994.

HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1987.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 43, 1990.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. Perspectivas del derecho penal del futuro. *Revista penal*. v.I, 1998.

\_\_\_\_\_. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. Vermögensgefährdung und Exspektanzen als Prüfsteine eines normativ-ökonomischen Vermögensbegriffs. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Strafrechtssystem und Betrug*. Herbolzheim: Centaurus Verlag & Media UG, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEINITZ, Ernst. Il danno patrimoniale nella truffa. *Archivio Penale*. v. 9, 1953.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Revista de Derecho*. vol. XXIII, n.1, 2010.

\_\_\_\_\_. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática. *Revista Chilena de Derecho*. v.37, 2010.



\_\_\_\_\_. Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. *Doctrina y Jurisprudencia penal*. n.1, 2010.

HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia. Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. v.17, 2015.

HERRERA MORENO, Myriam. Estafa. Apropiación indebida. Defraudación de fluido eléctrico. In: POLAINO NAVARRETE, Miguel (Dir.). *Lecciones de derecho penal*. Parte especial. Adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal. Tomo II. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

HEYSSLER, Moriz. *Das Civilunrecht und seine Formen*. Wien: Carl Gerold's Sohn, 1870.

HIBBERT, Christopher. *The roots of evil*. A social history of crime and punishment. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2003.

HILLENKAMP, Thomas. Was macht eigentlich die Viktimodogmatik? Eine Zwischenbilanz zur „viktimologischen Maxime“ als Gesetzgebungs-, Auslegungs-, Zurechnungs- und Strafzumessungsprinzip. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. v.129, 2017.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRSCHBERG, Rudolf. *Der Vermögensbegriff im Strafrecht*. Versuch eines Systems der Vermögensdelikte. Heidelberg: Springer-Verlag, 1934.

HÖRNLE, Tatjana. Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective. *Buffalo Criminal Law Review*. vol. 3, n. 1, 1999.

\_\_\_\_\_. Social expectations in the Criminal Law: the “reasonable person” in a comparative perspective. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. vol. 11, n. 1, 2008.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid: Editorial Civitas, 1980.

\_\_\_\_\_. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. vol. VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código penal*. vol. IX. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

\_\_\_\_\_. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: Est. Graphico, 1932.

\_\_\_\_\_. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1, n. 1, 1945.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.

HUXLEY, Aldous. *Folhas inúteis*. Trad. Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2.ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014.

\_\_\_\_\_. *O gênio e a deusa*. Trad. Fábio Bonillo. Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2018.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tomo I. Trad. Heder k. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *Della frode punibile*. Palermo: Stabilimento Tipografico Virzi, 1880.

ÍÑIGO CORROZA, Elena. La relevancia del fraude en los delitos de competencia. En concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art.284 CP) y uso de información privilegiada (art.285 CP). In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ISLER SOTO, Erika Marlene. Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor. *Ars Boni et Aequi*. vol. 6, nº 1, 2010.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Estafa por omisión*. El engaño y la infracción de deberes de información. Barcelona: Atelier, 2018.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994.

JÄGERVI, Lotta. Who wants to be an ideal victim? A narrative analysis of crime victims' self-presentation. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. v.15, n.1, 2014.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 5.ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ciencia del Derecho: ¿técnica o humanística?* Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

\_\_\_\_\_. ¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva? In. MAIER, Julio B.J. *et al. Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-hoc, 2011.

\_\_\_\_\_. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

\_\_\_\_\_. La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial. *InDret.v.4*, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Trad. Maurício A. Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Cultrix, 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 3.ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

JOANIDES, Hiroito de Moraes. *Boca do Lixo*. São Paulo: Labortexto Editorial, 2003.

JORDAN, Adolf-Dietrich. Untreue und Betrug durch Zweckverfehlung. *Juristische Rundschau*, Heft 4, 2000.

JUAN FERNÁNDEZ, Jorge de. La subsidiariedad, un principio para el servicio a la sociedad. *Estudios mindonienses: Anuario de estudios histórico-teológicos de la diócesis de Mondoñedo-Ferrol*. n.32, 2017.

JUNKER, John M. Criminalization and criminogenesis. *UCLA Law Review*. v. 19, 1972.

KALUNTA-CRUMPTON, Anita. History: Race relations and justice. In: KALUNTA-CRUMPTON, Anita (Ed.). *Race, Crime and Criminal Justice: International perspectives*. Londres: Palgrave Macmillan, 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Fernando Costa Mattos. 4.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

\_\_\_\_\_. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

\_\_\_\_\_. *Derecho, moral e historicidad*. Trad. Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KERR, James M. Diogenes or Antipater, which? *Chicago Law Times*, v.18, 1888.

KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*. v.I, 2011.

\_\_\_\_\_. Hacia un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación). *Ius puniendi. Sistema penal integral*. vol.01, 2015.

\_\_\_\_\_. *La estafa como autoría mediata tipificada*. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

\_\_\_\_\_. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: BdeF, 2011.

\_\_\_\_\_. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: BdeF, 2011.

\_\_\_\_\_. Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa. *Actualidad penal*, n.17, 2002.

\_\_\_\_\_. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. vol.103, n.2, 1991.

KNEPPER, Paul. An International Crime Decline: Lessons for Social Welfare Crime Policy? *Social Policy & Administration*, v.46, n.4, 2012.

KOTZÉ, Justin. *The myth of the “crime decline”*. Exploring change and continuity in crime and harm. London: Routledge, 2019.

KUBICIEL, Michael. Abrechnungsbetrug und Normativierung des Betrugstatbestandes. Zugleich Besprechung von BGH 2 StR 109/14 – Urteil vom 12. Februar 2015. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.10, 2015.

\_\_\_\_\_. Ciencia del Derecho penal y política criminal europea. *Revista Derecho Penal y Criminología*. v.34, n.97, 2013.

\_\_\_\_\_. Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico? *InDret*, n.3, 2017.

\_\_\_\_\_. Wetten und Betrug – Zur konkludenten Täuschung. Anmerkungen zur Entscheidung BGH 5 StR 181/06 v. 15. Dezember 2006, HRRS Nr. 2007 Nr. 1 – „Hoyzer“-Fall. *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.2, 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

KUNTER, Nurullah. Reato e illecito civile. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*. Ano I, nº2, 1952.

LANGEN, Johannes. *Tatbestand Betrug*: Historische Entwicklung und aktuelle Rechtslage. München: Grin Verlag, 2003.

LANZA, Pietro. *Trattato teorico pratico di diritto penale*. Parte I: Filosofia del diritto penale. Bologna: Libreria Treves, 1895.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & Pratique des Obligations*. Tomo I. Paris: A. Durand, Librairie, 1857.

LAURENT, François. *Principes de Droit Civil*. Tomo XX. 3.ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cia, Libraires-Éditeurs, 1878.

LEE, Barrett A.; SCHRECK, Christopher J. Danger on the Streets: Marginality and Victimization Among Homeless People. *American Behavioral Scientist*. vol. 48, nº 8, 2005.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime contra o patrimônio? Breves notas sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITER, Brian. American Legal Realism. *University of Texas Law, Public Law Research Paper* n. 42, 2002.

LESSONA, Silvio. *Elementi di Diritto Penale Positivo*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1887.

LIEPMANN, Moritz. *Einleitung in das Strafrecht*. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe. Berlin: Häring, 1900.

LILLARD, Angelina. Ethnopsychologies: Cultural Variations in Theories of Mind. *Psychological Bulletin*. v. 123, nº 1, 1998.

LINS E HORTA, Ricardo de; COSTA, Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, n.20, 2017.

- LITTLE, Laura E. Adjudication and Emotion. *Florida Coastal Law Journal*, v.III, 2002.
- LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Trad. Nicole Hahn Rafter, Mary Gibson. London: Duke University Press, 2004.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2016.
- LOPE DE VEGA, Félix. *El perro del Hortelano*. Santa Fé: El Cid Editor, 2014.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Gerardo Miguel. Sobre la tutela penal del patrimonio. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. v.18, 1965.
- LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. *Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- LUCARELLI, Umberto. *La truffa*. Aspetti penali, civili, processuali. Padova: CEDAM, 2002.
- LUDWIG, Martin. *Betrug und betrugsähnliche Delikte im spanischen und deutschen Strafrecht*. Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2002.
- LYRA, Roberto. Estelionato. In: CARVALHO SANTOS, J.M. de (Org.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. v.XXI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s.d.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. Iaiá Garcia. In: *Todos os romances e contos consagrados*. vol.I. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca). *Revista Derecho Penal y Criminología*. nº 90, vol. XXXI, 2010.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José. Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 45, 1992.
- MAGGINI, Attilio. *La truffa*. Padova: Cedam, 1988.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. Trad. Marcelina Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. v.IX. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952.

- MAPELLI, Enrique. El uso ilícito del transporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 38, 1985.
- MARINI, Giuliano. Truffa. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIX. Torino: Tipogradia Sociale Torinese, 1973.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *A Dictionary of Law*. 5.ed. Oxford: Oxford university Press, 2001.
- MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*. Lições fundamentais. Parte geral. 6.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. *Estudios penales y criminológicos*. nº 18. 1995.
- \_\_\_\_\_. El delito de defraudación tributaria. *Revista penal*. nº 1. 1998.
- MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- MATHIAS, Carsten. *Der Einfluß der Rechtsordnung auf den strafrechtlichen Vermögensbegriff – insbesondere bei „Abschluß“ rechts- und sittenwidriger Geschäfte*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Köln, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MAYER FUX, Laura. El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol.XLII, n.1, 2014.
- \_\_\_\_\_. b. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 41, n.3, 2014.
- \_\_\_\_\_. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa: una distinción necesaria. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. vol. 26, 2016.
- \_\_\_\_\_. Obtención fraudulenta de prestaciones estatales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. v.32, n.1, 2009.
- MAYER FUX, Laura; GODINHO, Inês Fernandes. La estafa como delito económico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. XLI, 2013.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- McQUADE, Sam. Technology-Enabled Crime, Policing and Security. *The Journal of Technology Studies*. vol.32, 2006.
- MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas*. 3.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da validade. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Marlene Alexandra Ferreira. O direito à mentira da trabalhadora grávida. *Data venia*. nº 02, 2013.
- MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MENTXAKA ELEXPE, Rosa María. “Stellionatus”. *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*. Terza Serie: vol. XXX, n.30, 1988.
- MERKEL, Adolf. Die Lehre vom strafbaren Betrüge. In: *Kriminalistische Abhandlungen*. v.II. Leipzig: Breitkopt und Särtel, 1867.
- \_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1889.
- MERLIN, Philippe Antoine. *Recueil alphabétique de Questions de Droit*. Tomo VII. 4.ed. Bruxelas: H. Tarlier, Libraire-Éditeur, 1828.
- MICHELET, Carl Ludwig. *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als die praktische Philosophie*. Berlin: Nikolai'sche Verlagsbuchhandlung, 1866.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.
- MINKOWSKI, Eugène. *Lived Time: Phenomenological and Psychopathological Studies*. Evanston: Northwestern University Press, 1970.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. Parte especial 2: arts. 121 a 234 do CP. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1982.



\_\_\_\_\_. *Introducción a las bases del derecho penal*. Concepto y método. 2.ed. Buenos Aires: BdeF, 2003.

\_\_\_\_\_. Límites del normativismo en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. v.7, 2005.

MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht*. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte. 2.ed. Berlin: Springer, 2003.

MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Trad. P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976.

MONTE FERREIRA, Mario. Estafa y fraude tributario: ¿convergencia o divergencia en los fundamentos para su tipificación? Análisis desde el Derecho español y portugués. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 58, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. *Revista Penal*. nº I, 1998.

\_\_\_\_\_. *El delito de alzamiento de bienes*. Barcelona: Bosch, 1971.

\_\_\_\_\_. *El error en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

\_\_\_\_\_. Sobre a assim chamada fraude de crédito. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

MURRAY, Michael D. Mise en Scène and the Decisive Moment of Visual Legal Rhetoric. *Kansas Law Review*. v.68, 2019.

MUSCO, Enzo. El fraude en la actividad deportiva. *Revista Penal*. n.7, 2001.

\_\_\_\_\_. Perfiles penales de la publicidad engañosa. *Revista Penal*. n.12, 2003.

NATALE, Gennaro. *Del dolo e della frode penale, civile, e commerciale e dei relativi rimedi giuridici*. Salerno: Stabilimento Tipografico Nazionale, 1878.

NAVARRO CARDOSO, Fernando. Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores. A la memoria del Prof. Dr. José Manuel Valle Muñiz. *Revista del Poder Judicial*. n. 50, 1998.

NGUYEN, Tomson H. Fraud. In: ALBANESE, Jay S. (Ed.). *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2014.

NICEFORO, Alfredo. *La transformación del delito en la sociedad moderna*. Trad. C. Bernaldo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v.II. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

- NOTARISTEFANI, Raffaele de. *Ancora la frode punibile*. Roma: Tipografia Nazionale di G. Bertero, 1897.
- NOVICOW, Jacques. *La crítica del darwinismo social*. Trad. Nicolás Salmerón y García. Madrid: Daniel Jorro, Editor, 1914.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- OCHOA FIGUEROA, Alejandro. *Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente: especial consideración de la tutela del agua*. Tese (Doutorado). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- O'CONNOR, Michael E. The perception of crime and criminality: the violent criminal and swindler as social types. *Deviant Behavior*. vol.5, n.3, 1984.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ORDENAÇÃO DO SENHOR REY D. AFFONSO V. Livro V, Título LXXXIX, Dos bulhões, e inlizadosores. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792.
- ORDENAÇÃO DO SENHOR REY D. MANUEL. Livro I. Título LXV, Dos bulhões, e inlizadosores. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797.
- ORTOLAN, Joseph Louis Elzéar. *Éléments de Droit Pénal*. Pénalite. Jurisdiction. Procédure. 4.ed. Tomo I. Paris: Maresq Ainé, Éditeur, 1875.
- ORWELL, George. *Um pouco de ar, por favor!* Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021.
- OTTENHOF, Reynald. *Le droit pénal et la formation du contrat civil*. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. Besonderer Teil. Die einzelnen Delikte. Berlin: De Gruyter, 2011.
- PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal Concordado y Comentado*. Tomo III. Madrid: Santiago Saunaque, 1849.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*. nº 1, 2010.

\_\_\_\_\_. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

\_\_\_\_\_. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003. Ponente: Andrés Ibáñez. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 56, 2003.

\_\_\_\_\_. Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). *Revista de Derecho penal e Criminología*, n.5, 2000.

\_\_\_\_\_. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. *InDret*, n.4, 2016.

\_\_\_\_\_. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

PATTON, Tracey Owens; SNYDER-YULY, Julie. Any Four Black Men Will Do: Rape, Race, and the Ultimate Scapegoat. *Journal of Black Studies*, vol. 37, n.6, 2007.

PAVIS, Patrice. *Dictionary of the Theatre: terms, concepts, and analysis*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.

PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal*. fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Barcelona: Atelier, 2016.

\_\_\_\_\_. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret*, n.2, 2016.

\_\_\_\_\_. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? A la vez, un análisis del fallo BGHSt 47, 1: StV 2001, 680. *Revista de derecho penal y procesal penal*, n.5, 2011.

\_\_\_\_\_. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al §263 STGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 61, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoría de la ciencia del derecho penal. *Cuadernos de política criminal*. n.106, 2012.

PEDRAZZI, Cesare. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milão: Dott. A. Giuffré – Editore, 1955.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.I. 24.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. v.III. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. v.IV. 21.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. El engaño omisivo en la estafa. *Cuadernos de política criminal*. n.59, 1996.

PERÉZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva de la estafa. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. v. 2, 1996.

PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007.

PESSINA, Enrico. *Trattato di Penalità Speciale secondo le leggi delle due Sicilie*. Napoli: Stabilimento Tipografico dei Classici Italiani, 1859.

PHILIPPS, Von Lothar. Teoria das normas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Comentários à lei 7.492, de 16.6.86. 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PLANIOL, Marcel. Dol civil et dol criminel. *Revue Critique Législation et de Jurisprudence*, Tomo XXII, 1893.

\_\_\_\_\_. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. vol.II. 5.ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1909.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*. De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima: Grijley, 2009.

\_\_\_\_\_. Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. *Revista Derecho Penal y Criminología*. v.26, nº 79, 2005.

\_\_\_\_\_. ¿Por qué existe y para qué sirve la pena? La función actual del derecho penal: bien jurídico versus vigencia de la norma. In: MAIER, Julio B. J. *et al.* (Directores). *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*. Libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

PONTELL, Henry N. White-collar crime or just risky business? The role of fraud in major financial debacles. *Crime, Law & Social Change*. vol.42, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Tomo XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro*. v. II. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. The Resurrection of the Victim in Penal Theory. *Buffalo Criminal Law Review*. v. 3, n.1, 1999.

PUGLIA, Ferdinando. *Manuale Teorico-Pratico di Diritto Penale*. vol. II. Parte Speciale. Napoli: Stab. Tipografico Cav. A. Tocco, 1895.

QUEIROZ, Rachel de. *O Quinze*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2019.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O direito a ações imorais*. Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Mitos y racionalidad en el delito de estafa: apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*. n. 3, 2000.

RABITTI, Maddalena. Illiceità penale e illiceità civile. In: FLAMINI, Antonio; RUGGIERI, Lucia (Org.). *Contratto e reato*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Relativismo y derecho*. Trad. Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992.

RANDALL, Melanie. Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims”: Consent, Resistance, and Victim Blaming. *Canadian Journal of Women and the Law*, v.22, 2010.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.

REBOLLO VARGAS, Rafael. Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño. In: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (Coord.). *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*. Cidade do México: Ubijus, 2011.

RENGIER, Rudolf. Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei der Betrugsabsicht. *Juristen Zeitung*, n°7, 1990.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Tomo II. Rio de Janeiro: B.L. Garnier – Livreiro-Editor, 1880.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Análise crítica do direito penal secundário: investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal*. São Paulo: LiberArs, 2015.

RIBEIRO, José Antonio Pereira. *Fraude e estelionato*. 2.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. La estafa de polizonaje. Estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia. *Actualidad Penal*. n° 4, 1994.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutras en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

\_\_\_\_\_. Legítima defensa, empresa y patrimonio. *Política Criminal*. v.11, n.22, 2016.

ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Roma: Fratelli Bocca Editori, 1913.

ROCHFORD, Francine. The law of negligence in a “risk society”. Calculating ideas of reasonable risk. *Griffith Law Review*. v.16, 2007.

RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución. Hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista catalana de seguretat pública*, n°13, 2003.

RODRÍGUEZ DEVESA, José Maria. Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.13, 1960.

\_\_\_\_\_. *El hurto propio en la historia y en la legislación vigente en España con concreta referencia al nº 1º del art. 514 del Código Penal de 23 de diciembre 1944*. Tese (Doutorado). Madrid: Universidad de Madrid, 1945.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial. Comentario a la STS 17 marzo 1995, A 2.029. Pte: Excme. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. *Poder Judicial*. nº 39, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 14, 1961.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Comentário ao artigo 332. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. O Caribbean Dreams. In: *Laboratório de direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *O ensaio como tese*. Estética e narrativa na composição do texto científico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. O testamento Calatrava. In: *Laboratório de direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. XXXVII, 2011.

ROMERO DE TEJADA, José Maria. El delito del tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local. *Cuadernos de derecho local*. n. 24, 2010.

ROMERO, Gladys. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. *Revista de Derecho Penal*. n. 2, 2000.

\_\_\_\_\_. *Los elementos del tipo de estafa*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1985.

ROMEU CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Facultad de derecho de la UNED, 2000.

ROSS, Josephine. Blaming the victim: "Consent" within the fourth amendment and rape law. *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, vol. 26, 2010.

ROWE, William D. Governmental regulation of societal risks. *The George Washington law review*, v.45, 1977.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. A teoria da imputação objetiva. In: *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2.ed. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. Do direito tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Alterações no delito de estelionato. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; BRUNI, Aline Thaís; AMARAL, Cláudio do Prado; SAAD-DINIZ, Eduardo; MORAIS, Hermes Duarte. *Pacote Anticrime*. Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

\_\_\_\_\_. *Vitimologia corporativa*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux; MACRI JÚNIOR, José Roberto. Raça e violência sexual: âmbito de aplicação da vitimodogmática? *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*. vol. 7, nº 12, 2017.

SALIGER, Frank. Juristischer und wirtschaftlicher Schaden. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.8, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentário ao artigo 155. In: REALE JÚNIOR, Miguel. (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito penal e propriedade privada*. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



\_\_\_\_\_. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SAMAHA, Joel. *Criminal law*. 10.ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2011.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. El elemento 'fraude' en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

\_\_\_\_\_. Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.3, 2017.

SANHUEZA, Ricardo; MORDOJ, Benjamín. Competencia desleal: la economía del engaño. *Estudios Públicos*. n.124, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 8.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos*. Uma crítica constitucional. São Paulo: Alameda, 2012.

SBRICCOLI, Mario. Truffa (storia). In: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Direttore). *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XLV. Itália: Giuffrè, 1992.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

SCHLACK MUÑOZ, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista chilena de derecho*. v.35, n.32, 2008.

SCHLÖSSER, Jan. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schadensbegriffes. Zur jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue und ihren Folgen für eine Schadensbegründung im Rahmen des Betruges. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, n.6, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n.44, 2003.

\_\_\_\_\_. The Role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 1999.

\_\_\_\_\_. The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 7, n. 2, 2004.

SERPA LOPES, M.M. de. *Curso de direito civil*. v.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil*. v.IV. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1999.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011.

\_\_\_\_\_. La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. *Cuadernos de política criminal*. n° 50, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6.ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: de acordo com a Lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista liberdades*, n°5, 2010.

SILVA FERRÃO, Francisco António Fernandes da. *Theoria do Direito Penal applicada ao Código Penal Portuguez comparado com o Código do Brazil, Leis Patrias, Codigos e Leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*. vol. VIII. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857.

SILVA MELERO, Valentin. Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v.1, 1948.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.9, n.34, 2001.

\_\_\_\_\_. La estafa de seguro (criminología, dogmática y política criminal). *Cuadernos de política criminal*. n.32, 1987.

\_\_\_\_\_. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. Prólogo. In: PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

\_\_\_\_\_. Reflexiones sobre las bases de la política criminal. *Revista de Derecho*. n°8, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tiempos de Derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito penal econômico como direito penal do perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SIMESTER, A. P., VON HIRSCH, Andrew. Remote harms and non-constitutive crimes. *Criminal Justice Ethics*, v.28, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. v.II. Brasília: Senado Federal, 2003.

SMITH, Steven D. Is the harm principle iliberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código da República dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Brasília: Senado Federal, 2004.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. III. 3.ed. Actualizador: Manuel A. Bayala Basombrio. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

SOOD, Avani Mehta; DARLEY, John M. The plasticity of harm in the service of criminalization goals. *California Law Review*. v.100, 2012.

SOUTH, Scot J.; FELSON, Richard B. The Racial Patterning of Rape. *Social Forces*, v. 69, 1990.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*. Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SPAGNOLO, Giuseppe. Un nuovo caso di pretesa omnicomprensività della fattispecie di truffa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 25, 1982.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *La estafa y el silencio*. Su relevancia en el tráfico inmobiliario. Buenos Aires: Editorial Jorge Alvarez, 1967.

STAMMLER, Rudolf. *La genesis del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006.

STOCO, Rui. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. A economia popular, a ordem econômica e as relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS*. vol.2, n.1, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. Moral Heuristics. *The Law School the University of Chicago*. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 180. 2003.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.
- \_\_\_\_\_. *The professional thief*. Annotated and Interpreted by Edwin H. Sutherland. Chicago: The University of Chicago Press, 1937.
- \_\_\_\_\_. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*. v. 5, nº 1, 1940.
- SYKES, Gresham M. *Crime e sociedade*. Trad. Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969.
- SYROTA, G. Rape: when does fraud vitiate consent? *Western Australian Law Review*. vol.25. 1995.
- TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*. Trad. Mario Pereira. Buenos Aires: BdeF, 2010.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. A construção da identidade moderna. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- TEIXEIRA, Adriano. Der individuelle Schädenseinschlag beim Betrug. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. n.5, 2016.
- THOMSON JR, J. Anderson. Primatas assassinos na American Airlines, ou: como a religião foi o principal sequestrador em 11 de setembro. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?* Reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, No. 1, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Manual de derecho penal económico*. Parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- TOBIAS, John J. *Crime and industrial society in the nineteenth century*. Harmondsworth: Penguins Books, 1967.
- TODOROV, Tzvetan. *As estruturas narrativas*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Perspectiva, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLOMEI, Alberto Domenico. *Della truffa e di altre frodi*. Roma: Athenaeum, 1915.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal. *Estudios penales y criminológicos*. nº 5, 1980.

\_\_\_\_\_. Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. *Estudios penales y criminológicos*. nº 10, 1986.

\_\_\_\_\_. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 39, 1986.

ULÍTSKAIA, Liudmila. *Meninas*. Trad. Irineu Franco Perpetuo. São Paulo: Editora 34, 2021.

UNGER, Josef. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. v. II. 5.ed. Leipzig: Breitkopf und Särtel, 1892.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil. Barcelona: Bosch, 1987.

\_\_\_\_\_. La criminalización del fraude a la Seguridad Social: Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 48, 1995.

\_\_\_\_\_. Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 39, 1986.

VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Corrupción pública y globalización. Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción. *Dereito*. v.26, nº1, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Contratos em espécie. vol.III. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIDALES RODRIGUEZ, Catalina. Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. *Revista del Poder Judicial*. n. 30, 1993.

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Sentenças e decisões em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A função da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v.14, 2017.

- VIVES ANTÓN, Tomás S. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- VIZMANOS, Tomás María; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Madrid: Establecimiento Tipográfico de J. Gonzales y A. Vicente, 1848.
- VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria geral dos sistemas*. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 8.ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2015.
- VON HENTIG, Hans. *Estudios de psicología criminal*. III. La estafa. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1960.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. vol.II. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11.ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
- WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WOHLERS, Wolfgang. Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional? *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. v.27, nº 80, 2006.
- WRIGGINS, Jennifer. Rape, Racism, and the Law. *Harvard Women's Law Journal*. v.6, 1983.
- YOUNG, Vernetta D. Women, Race, and Crime. *Criminology*, v. 18 nº.1, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ZAMBRANA MORAL, Patricia. Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. vol. XXVII, 2005.
- ZANNOTTI, Roberto. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1993.
- ZIMRING, Franklin E. *The great American Crime Decline*. New York: Oxford University Press, 2007.
- ZITELMANN, Ernst. *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1879.
- ZOLA, Émile. *A besta humana*. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Ediciones Akal, 1988.