

# Estelionato e falsidade

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

O estelionato é, a bem dizer, um crime da modernidade, em que a burla substitui a violência, tomando várias e complexas formas, por ocasiões de pouca nitidez, o que levou CARRAUD a considerá-lo "o Proteu do Direito Penal Moderno".

Bem observou HUNGRIA (*"Comentários ao Código Penal"*, vol. VII, pág. 151): "Nos tempos modernos, a fraude constitui o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio. O ladrão violento, tão comum em outras épocas, é atualmente um retardatário ou um fenômeno esporádico." Por isso, registrou o clássico GALDINO SIQUEIRA (*"Direito Penal Brasileiro"*, Parte Especial, pág. 748): "para CARRARA, o estelionato tem como característica o configurar uma injusta espoliação da propriedade".

Anotando o estatuto penal vigente, que tem uma redação bem mais feliz que os diplomas repressivos anteriores (Código Criminal do Império, art. 264; Código Penal de 1890, art. 338), que receberam, na espécie, acerbas críticas, considera Magalhães Noronha ("Crimes Contra o Patrimônio", vol 2, pág. 121) que o delito de estelionato se resume ao polinômio: meio fraudulento + erro + vantagem ilícita + lesão patrimonial = estelionato, advertindo, em outro passo, todavia, que "não é propriamente a fraude que se pune, mas a lesão por ela causada".

Crime apenado desde as mais afastadas legislações, como o Código de Hamurabi, tendo nas Ordenações a denominação de "Enliço", o estelionato, cuja história foi tão bem traçada por TOLOMEI; que os franceses chamam "escroquerie", os italianos, "truffa", os espanhóis "estafa", os portugueses, "burla" e os alemães, "betrug", assim é regulado pelo Código Penal Alemão (art. 263): "É punido como culpado de fraude aquele que causa dano ao patrimônio alheio, provocando ou mantendo em erro, quer mediante simulação de fatos falsos, quer mediante dissimulação ou alteração de fatos reais, com intenção de procurar para si ou para um terceiro um proveito ilícito."

VON LISZT ("Tratado de Direito Penal Alemão", vol. 2º, pág. 300) expõe, por sua vez, o seguinte conceito: "Burla é o dano feito ao patrimônio alheio na intenção de locupletação e mediante emprego de um engano artificioso, isto é, suscitando-se ou entretenendo-se em erro."

O estelionato é contemplado, por exemplo, nos artigos 640 do Código Italiano (art. 413 do Código Zanardelli), 326 do Código Holandês, 450 do Código Português, 182 do velho Código de Zurich, 405 do Código Belga, 386 do Código Mexicano, 335 do Código Boliviano, 148 do Código Suíço, 244 do Código Peruano, 468 do Código Chileno, 172 do Código Argentino e 379 do Código Húngaro ("Quiconque, dans le dessein de se procurer ou de procurer à autre un avantage pécuniaire illégitime, induit ou maintient une personne en erreur par des manoeuvres frauduleuses, et lui cause un dommage pécuniaire commet une tromperie"), que, admitindo a tripartição das infrações penais, à semelhança do foral francês e do alemão, que lhe serviu de exemplo, exara em seu art. 380: "La tromperie constitue un délit si le dommage causé ne dépasse pas cinquante florins, et, en cas contraire, un crime."

Note-se que em qualquer legislação o estelionato se distingue por uma fraude que causa uma lesão patrimonial, ou que a tenta causar.

"La truffa", diz MANZINI, "consiste nel carpire un indebito profitto, mediante un'insidia tesa all'intelligenza o al sentimento altrui, così da indurre, per errore il soggetto passivo a fare ad omettere in tutto o in parte ciò che l'agente si era proposto di ottenere."

O Código Penal Soviético (art. 169) registra, por seu turno, de forma muito semelhante a de nosso Código: "El abuso de confianza o el engaño con el ánimo de obtener bienes, o derechos patrimoniales u otras ventajas personales será sancionado con privación de libertad hasta dos años. *Cuando la estafa cause perjuicios a una institución del Estado o pública, será sancionada con privación de libertad hasta cinco años y confiscación total o parcial de bienes*" (o grifo é nosso).

Consigna o art. 171, do nosso Código Penal, estabelecendo a necessidade da fraude, do locupletamento ilícito e de prejuízo (que deve ser o do momento da ação delituosa): "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento", e no § 3º: "A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência."

Doutrina BENTO DE FARIA ("Código Penal Brasileiro", vol. IV, pág. 205): "Os artifícios, ardis, ou manobras fraudulentas devem ser praticados contra as pessoas físicas que constituem a respectiva organização administrativa e têm a respectiva representação, no desempenho da finalidade de assistência, previdência ou beneficência, pública ou privada." Esclarece muito bem HUNGRIA (*op. cit.*, pág. 253): "Entidade de direito público é a que integra a organização administrativa do Estado ou gravita na órbita dessa organização (União, Estados federados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias ou entidades paraestatais)."

Nunca será demasiado o ensinamento de MANCI: "La pubblica amministrazione, per la obbiettività giuridica del titolo X, ha significato di una entità patrimoniale d'interesse collettivo sociale, e cioè di quel complesso di beni produttivi e improduttivi posseduti e amministrati da persone di diritto pubblico in nome proprio e no per fine carattere speculativi privati, ma nell'interesse e per utilità generale a regime autonomo e tutelato."

Há sutil questão doutrinária a ser resolvida: a da coexistência do estelionato e de falsidade, da simbiose entre o "crimen falsi", que é formal, e da "escroquerie", que é material, entendendo alguns que pode haver concurso material, outros, concurso formal, e ainda mais outros, unidade de crime, com a prevalência do falso ou do estelionato e se for crime-fim, sendo interessante, sobre a matéria a tese de A.C. BOCAIUVA CUNHA.

"Em nossa opinião, ensina HUNGRIA (*op. cit.*, pág. 208), o caso comporta duas soluções diversas conforme seja ou não, o *falsum*, o único meio fraudulento empregado pelo agente." No primeiro caso haverá o crime único

de falsidade, apesar das objeções de TOLOMEI, que considerava injusto pre-  
valecer a falsidade quer com estelionato tentado, quer com ele levado *ad*  
*exitum*, no segundo um concurso material com o *crimen stellionatus*, que só  
ocorrerá, repita-se, quando o *crimen falsi* é coadjuvado por outros meios fraudu-  
lentos, isto é, enganosos.

O oferecimento de vantagens indevidas a funcionários públicos, a corrup-  
ção ativa, não se inclui entre esses meios, que visam a burla, por constituir  
crime autônomo, em concurso material com o crime de falsidade, que assim  
absorve o estelionato.

A revogada Consolidação das Leis Penais, em seu artigo 260, o mesmo  
do Código Penal anterior, assim dispunha: "Em nenhum caso a falsidade, que  
reunir todos os elementos de sua definição legal, constituirá elemento de outro  
crime."

O atual estatuto punitivo não contém dispositivo semelhante, mas devemos  
congeminar como se ele ainda estivesse em vigor, como é o caso dos artigos  
1º, *in fine*, 24, 31, 37, 76 e outros dispositivos do Código Penal Brasileiro de  
1890, cuja técnica não era a que seria de se desejar.

Destarte se alguém falsifica um documento e utilizando-o consegue "obter  
para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo alguém  
em erro", não se tem o estelionato, funcionando a falsificação como ardil, mas  
apenas o delito de falsificação. Não há, em tese, falar em estelionato. Nesse  
mesmo sentido encontramos a posição de HUNGRIA, aprovada unanimemente  
na Primeira Conferência dos Desembargadores: "quando mediante falsidade  
documental se induz alguém em erro, temos um crime de falsidade que é  
mais compreensivo que o estelionato". E ainda é o abalizado penalista quem  
assim se expressa: "quando a falsidade se perpetra no sentido de atingir o  
objetivo do agente, não é mais do que um estelionato. No fundo é um estelio-  
nato. De modo que a lei entende que, neste caso, quando existe falsidade  
documental o estelionato fica absorvido. Não há se cogitar de outro crime senão  
a falsidade documental".

Como se percebe, se aparecem todos os elementos do crime de falsidade  
(*imitatio veri*, dolo, possibilidade de dano, como demonstra F.P. BALDES-  
SARINI, em "Dos Crimes Contra a Fé Pública"), o agente deverá ser punido  
com as penas a tal crime cominadas, delito que absorve, como vimos, o estelio-  
nato e sobre ele prepondera, quando não ocorre o concurso material (o agente  
falsifica, por exemplo, também, documentos estranhos à fraude).

Todavia, igualmente, sob pontos de vistas doutrinários, o interesse da  
ordem pública tem justificado quando o *falsum* é delito-meio, a predominância  
do estelionato, para que não ocorra a impunidade.