



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

AMANDA KATHLEEN MENDES DE FREITAS

AS DIFERENÇAS ENTRE ESTELIONATO E FRAUDE CIVIL: UMA ANÁLISE
CONCEITUAL E PRINCIPIOLÓGICA

Santa Rita
2020

AMANDA KATHLEEN MENDES DE FREITAS

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
curso de Direito, da Universidade Federal da
Paraíba, como requisito parcial para a Obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti

Santa Rita

2020

AMANDA KATHLEEN MENDES DE FREITAS

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
curso de Direito, da Universidade Federal da
Paraíba, como requisito parcial para a Obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Santa Rita, 27 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti
Avaliador interno

Prof. Ms. Wendel Alves Sales Macedo
Avaliador interno

Prof. Ms. Anderson Guedes Farias
Avaliador externo

Dedico este trabalho, a Deus, aos meus pais,
meu irmão, meu namorado e amigos que
sempre me incentivaram.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu orientador, Gênesis Cavalcanti, por me orientar e apoiar com constante entusiasmo e encorajamento. Você deu um exemplo de excelência como pesquisador, mentor, penalista e humano.

Gostaria de agradecer ao corpo docente do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB, por toda sua orientação através de ensinamentos, conselhos, ideias e opiniões, os quais foram absolutamente inestimáveis para minha formação acadêmica.

Gostaria de agradecer a meus colegas estudantes de graduação e amigos de outros cursos que contribuíram direta ou indiretamente para esta pesquisa. Sou muito grata a vocês.

Eu gostaria de agradecer especialmente a minha incrível família pelo amor, apoio e constante incentivo que recebi ao longo dos anos. Em particular, eu gostaria de agradecer meus pais, Argemiro Freitas e Joana Darc, meu irmão, Allan Kelvin, e meu namorado, Lucas Borsero. Vocês são a luz da minha vida, e eu, sem dúvida não poderia ter feito isso sem vocês.

Gostaria também de agradecer aos meus amigos: Bianca Alcoforado, Camila Campos, Daniely Moura, Giovanne Duarte, Kevin Coutinho, Lília Luna, Nathalia Melo, Priscilla Kadidja e Vitória Gurgel. Seu amor, risos e músicas me mantiveram sorridente e inspirada durante toda a minha graduação. Somos e sempre seremos uma família.

Finalmente, gostaria de agradecer e dedicar esta tese ao meu avô, Severino Mendes, que sempre amou e sonhou com o curso de Direito.

"A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça por toda parte"
(Martin Luther King)

RESUMO

Apesar da vasta pesquisa sobre o Direito Penal e o Direito Civil, pouco se sabe sobre uma das convergências mais problemáticas entre eles: a confusão feita entre estelionato e fraude civil. A imagem geral que emerge da doutrina é de um Direito Penal enquanto última instância, ignorando o pensamento encarcerador que subsiste em nossa sociedade. Este estudo recupera alguns doutrinadores nacionais e internacionais para nos ajudar a resolver esse dilema. Com a análise e reunião dessas teses restou claro que os aplicadores do Direito Penal precisam enxergar o estelionato, não como um tipo aberto e coringa, mas como ele é, um crime cujo procedimento deve respeitar os princípios e regras do Direito Penal, Material e Processual. O objetivo do referente trabalho é impedir o encarceramento de inocentes. No primeiro capítulo, objetivamos explanar a estrutura e limitações do Direito Penal. Seguindo, analisamos o tipo penal de estelionato no intento de delimitar sua tipificação. No terceiro capítulo, analisamos a fraude civil sob a luz do Direito Contratual, com o objetivo de evidenciar as diferenças entre os referidos institutos. Por fim, dedicamos um capítulo para analisar apenas as delimitações entre a fraude civil e o estelionato, em via de auxiliar os futuros e atuais juristas a diferenciá-los diante de um dilema. A metodologia utilizada para a investigação foi o levantamento bibliográfico. Concluímos pela necessidade de posicionamento da doutrina e pela atuação dos operadores do Direito aos moldes dos princípios penais.

Palavras-chave: Penal. Estelionato. Fraude.

ABSTRACT

Despite extensive research on criminal and civil law, little is known about one of the most problematic convergences between them: the confusion made between stealth and civil fraud. The general image that emerges from the doctrine is of a Criminal Law as a last resort, ignoring the incarceration thinking that persists in our society. This study recovers some national and international doctrinaire to help us solve this dilemma. With the analysis and gathering of these theses it is clear that the enforcers of Criminal Law need to see stellarism, not as an open and joker type, but as it is, a crime whose procedure must respect the principles and rules of Criminal Law and Criminal Procedure. The objective of this work is to prevent the imprisonment of innocent people. In the first chapter, we aim to explain the structure and limitations of Criminal Law. Next, we analyze the criminal type of larceny in order to delimit its typification. In the third chapter, we analyze civil fraud under the light of Contract Law, with the purpose of highlighting the differences between the said institutes. Finally, we dedicate a chapter to analyze only the delimitations between civil fraud and larceny, in order to help future and current jurists to differentiate them before a dilemma. The methodology used for the investigation was the bibliographic survey. We concluded by the necessity of positioning the doctrine and by the action of the operators of the Right to the molds of the penal principles.

Keywords: Criminal Law. Stelliance. Civil fraud.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CP	Código Penal
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
O QUE É DIREITO PENAL?	12
O PRINCÍPIO DA “ULTIMA RATIO”	17
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	18
COMO O DIREITO PENAL DEVE SER	22
FUNÇÕES DO DIREITO PENAL	22
OS LIMITES DO DIREITO PENAL	23
OUTROS PRINCÍPIOS	25
Princípio da Proporcionalidade	25
Princípio de Humanidade	27
Princípio da lesividade	27
RESPONSABILIDADE CRIMINAL	29
Mens rea	30
Actus Reus	31
Processo Penal	32
A SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL	33
O ESTELIONATO	34
ASPECTOS DOGMÁTICOS DO ESTELIONATO	36
COMPONENTES ESTATUTÁRIOS DO CRIME DE ESTELIONATO	37
O progresso da concepção criminal de patrimônio	37
Bem jurídico protegido	39
ARTIFÍCIO, ARDIL E INDUÇÃO EM ERRO	43
DIREITO CONTRATUAL	46
INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	47
A FORMAÇÃO DO CONTRATO	49
CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DO DOLO NO DIREITO CIVIL	52
LIMITES ENTRE FRAUDE CIVIL E CRIMINAL	53
UTILIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE ESTELIONATO COMUM E ESTELIONATO CONTRATUAL	59
A CONTRIBUIÇÃO ITALIANA	62
A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do crime de estelionato e do instituto civil da fraude criou confusão entre esses dois espectros das Ciências Jurídicas. Contudo, é ‘mister’ que se faça a distinção entre as condutas que ensejam o tipo penal e as que merecem o respaldo do Direito Civil. A razão principal desse trabalho é analisar essa separação, deixando-a evidente para que os futuros aplicadores do direito, ao se depararem com essa ambiguidade, não permitam um injusto cárcere para inadimplentes civil.

Sem surpresas, nosso trabalho se inicia com uma análise sobre o Direito Penal e Processual Penal, seus princípios e a forma como ele deve se portar diante de condutas de tipicidade questionável. Para os penalistas, pode ser ainda mais difícil aceitar o quanto delicada, específica e evidente precisa ser a comprovação do crime de estelionato. Ao fim deste trabalho, restarão evidentes as discrepâncias entre essas duas figuras jurídicas, bem como a maneira de se portar processualmente diante delas.

A justificativa deste trabalho é que, recorrentemente, em todo o Brasil, meros inadimplementos de contratos e ilícitos civis são tratados erroneamente como estelionato, movimentando a máquina jurídica para investigar uma conduta atípica, desperdiçando tempo, recursos e, pior, fazendo com que inocentes sofram com os trâmites da investigação e do processo penal.

Esta tese tem sua relevância social demonstrada no momento em que quebra o desejo vindicativo que ainda é muito presente em nossa realidade. Mesmo no século XXI, o Estado não consegue ser visto como ente detentor da justiça, mas sim enquanto instrumento para particulares realizarem suas vinganças privadas de modo legítimo. Assim, cada homem e mulher inocente que sofrem com acusações de estelionato, merecem um olhar sábio sobre o que é e o que não é o tipo penal, para que o Direito Penal não abrace causas que não de sua esfera, que pare de sufocar inocentes com o cárcere.

A ideia para essa monografia surgiu em 2018, quando fui estagiária na 5.^a (quinta) Vara Comum do Ministério Público da Paraíba, onde tive acesso recorrente

a diversos inquéritos e processos criminais por estelionato. A imensa maioria destes resultaram em peças de arquivamento, ou pedido de absolvição em alegações finais, isto, pois, as investigações por estelionato eram abertas e desenvolvidas, mesmo sem indício nenhum do meio fraudulento, tratando apenas o inadimplemento como prova cabal e suficiente de um delito altamente complexo. Esta é minha justificativa pessoal.

A metodologia utilizada neste trabalho foi uma pesquisa bibliográfica, com fontes de consulta nacionais e estrangeiras, sintetizando, no máximo do possível, a quantidade de informação disponível sobre o tema. Alguns pesquisadores científicos estão atualmente empenhados em esforços para facilitar o acesso às informações desejáveis, mesmo assim, precisamos nos valer de alguns clássicos para elucidar questões importantes.

O objetivo desta monografia é suprir uma perigosa lacuna na doutrina jurídica, oferecendo uma série de ensinamentos compilados sobre como o direito penal funciona, como o crime de estelionato existe e se comporta na órbita penal, e as discrepâncias entre o estelionato e a fraude civil. Nessa monografia, procuramos esclarecer esses questionamentos de forma rápida e acessível. Em todos os capítulos, referenciamos autores que poderão ser utilizados para que o leitor se aprofunde nos referidos temas.

No primeiro capítulo, pretendemos situar o leitor na esfera do direito penal, explicando o cenário da tese central. No subsequente, visa-se analisar o tipo penal “estelionato” nas suas particularidades mais relevantes. Seguindo, no terceiro capítulo, pretendemos fazer uma breve elucidação da fraude civil nas minúcias do Direito Contratual, culminando no último capítulo, cuja finalidade é comparar os institutos do estelionato e da fraude civil.

2 O QUE É DIREITO PENAL?

Primordialmente, o Direito se revela como um conjunto de normas jurídicas cujo objeto é a determinação de infrações de natureza penal e as suas respectivas penas e medidas securitária. Conforme Welzel, configura-se como o recorte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, inclusive suas penas ou medidas securitária, seria uma ciência prática, não só porque serve à administração da justiça, mas, porque, em um sentido mais profundo, constitui uma teoria sobre a 'práxis' humana.

Por outro lado, Magalhães Noronha conceitua o Direito Penal como o arranjo de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, considerando os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis aos infratores. Acrescenta, também, que se trata de uma ciência cultural normativa, finalista e valorativa.

Para Bitencourt (2020), falar de Direito Penal é falar de violência. No momento em que direitos e interesses do indivíduo são infringidos, deve-se buscar, primordialmente, meios de controle social, mas, se esses restarem insuficientes para harmonizar o convívio, surge o Direito Penal como meio de controle formalizado, com o objetivo de resolver conflitos.

Já para Batista (2007), existem três acepções distintas para Direito Penal. A princípio, seria considerado o conjunto de regras legais que, por meio da comissão de sentenças, declararam os crimes, assim como têm seu próprio escopo de validade, a estrutura e elementos dos crimes, a aplicação e execução das sentenças e outras medidas neles previstas. Além disso, introduz um significado segundo o qual o direito penal expressa a faculdade que o Estado teria de iniciar, aplicar e executar sentenças, apreendidas como um direito subjetivo. Em outras ocasiões, porém, quando usamos a expressão direito penal, estamos nos referindo ao estudo do direito penal, à apropriação intelectual do conhecimento sobre aquele conjunto de normas legais ou aquela faculdade do Estado; a expressão é usada ali, no sentido da ciência.

Quando tratamos das características do Direito Penal, ressaltamos que essa ciência regula as relações dos indivíduos em sociedade, como outros ramos do Direito, porém, a distinção entre esse e os demais ocorre, pois, a Ciência Penal tem como objeto o estudo da norma positiva e a sistematização de critérios de valoração jurídica.

É importante também abordar observações sobre as relações entre a sociedade e o direito. Certamente, não há engano em lembrar que as sociedades pré-registradas, mesmo as pós-industriais, os homens se movem em sistemas de regras. Sem tentar resgatar a imagem batida da base e da superestrutura, desacreditada pela voz autorizada de Paulantzas (1980), é decisivo alertar para a essência econômica, que está subjacente às definições legais abstratas, entendendo o verdadeiro processo social de criação do direito. (BATISTA, 2007).

A lei penal vem ao mundo para cumprir funções concretas dentro e para uma sociedade que se organizou concretamente de uma certa maneira. Aqueles que querem entender, por exemplo, a lei assíria, a lei romana ou a brasileira do século XIX, devem procurar saber como viveram os assírios, os romanos e os brasileiros do século XIX, como se dividiram e organizaram para a produção e distribuição de bens e mercadorias; nesta ordem política e social, estará a contribuição da respectiva.

É claro que conhecer estes propósitos é importante para reconhecer o direito penal. Afirmamos, portanto, que o direito penal é disposto pelo Estado para a realização concreta de fins, ele o toca, portanto, de forma ampla, na garantia das "condições de vida da sociedade" como disse Mestieti (1971), ou "no propósito de combater o crime" como Damasio, ou na "preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social" como Heleno Fragoso (1985).

A função do direito de estruturar e garantir uma certa ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é normalmente chamada de função "conservadora" ou de controle social. Conhecer os propósitos do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de certas condutas cometidas por certas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas legais em relação ao crime, não é uma tarefa que vá além da área do jurista, como às vezes está implícito. (BATISTA, 2007)

Batista (2007) traz o conceito de criminologia de Lola Aniyar de Castro, segundo a qual é a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas de penalidades e normas sociais relacionadas ao comportamento desviante; os processos de infração e desvio de regras; e a resposta da sociedade, ofendida ou não, que essas infrações ou desvios provocaram: seu processo de criação, sua forma, conteúdo e seus efeitos.

Em outros textos, eles geralmente oferecem conceitos muito diferentes de criminologia, apresentados neles como um conjunto de conhecimentos, ao qual é atribuído ou não caráter científico, cujo objetivo seria o exame causal explicativo do crime e os criminosos. (BATISTA, 2007)

Batista (2007) traz também o pensamento de Aníbal Bruno, que refere a advertência de alguns juristas, que, com infelicidade, não derivou da percepção do impasse metodológico e dos equívocos positivistas, presentes no apreço da criminologia tal qual uma prova causal-explicativo comum do delito e do algoz, nem das incumbências de legitimação de ordens sociais injustas desempenhadas por tal criminologia.

No momento em que a criminologia positivista não questiona a concepção política do direito penal, nem a aparência social do comportamento desviante, nem a ligação na sociedade, ela realiza uma significativa função política, de legitimar a ordem estabelecida. A esta falha política do positivismo se somam outras, que põem em cheque o valor de suas premissas, métodos e conclusões. Finalmente, a criminologia passou por uma verídica alteração, o que lhe permitiu superar o impasse positivista (BATISTA, 2007).

Do processo incessante de mudança social das consequências que mostram projetos de direito penal, das revelações empíricas propiciadas pela atuação das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, emergem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. O campo da política criminal hoje em dia é enorme. É ilustrativo ver a influência do

fracasso das penas de prisão nas propostas concretas de política criminal (BATISTA, 2007).

Uma conduta humana torna-se chamada "ilícita" quando se opõe a uma norma legal ou produz efeitos indevidos que se lhe opõem. O elemento que transforma o ilícito em um crime é a decisão política, o ato do poder legislativo, que o vincula a uma penalidade. Deste modo, o debate sobre as designações "criminal" ou lei "penal" poderia sugerir o debate sobre o ovo ou a galinha, não fosse pelas três variáveis que examinaremos a seguir.

A primeira variável a ser considerada é a influência da escolha do legislador. A segunda variável diz respeito aos paradigmas doutrinários que implicam em nomear o direito penal desta ou daquela forma. Mais importante variável, entretanto, diz respeito ao escopo descriptivo da designação proposta, ou seja, sua capacidade de compreender certos conteúdos. Assim, para Batista (2007), a expressão Direito Penal deve prevalecer.

Ademais, a expressão "direito penal" é mais antiga e, historicamente, há uma prevalência gradual da expressão "direito penal", que teria sido usada pela primeira vez, segundo Mezger, por Regnerus Engelhard, em 1756, tornando-se popular, segundo Bustos, após a promulgação do Código francês de 1810 (BATISTA, 2007).

O posicionamento do direito penal objetivo no direito público interno geralmente é extraído, de uma perspectiva de conteúdo, dos supostos objetivos sociais gerais de suas normas, e, de uma perspectiva formalista, da exclusividade e imperatividade com que o Estado os impõe. Uma revisitação das prospectivas básicas pressupõe a interposição de três eixos fundamentais: a primeira crítica à distinção a-histórica entre direito público e direito privado; a segunda crítica ao Estado como abstração a-histórica e, finalmente, ao positivismo legal-penal.

Primeiro, por conseguinte, deve-se notar que a distinção entre direito privado - direito público era completamente desconhecida das práticas criminosas primitivas, nem faria sentido para elas, aparecendo pela primeira vez na ciência jurídica romana. Em segundo lugar, é importante questionar este estado que promove a harmonia e

estabilidade social, que visa garantir todos os bens essenciais para toda a comunidade; em suma, é importante desmistificar o papel do Estado. Por fim, faz-se necessário criticar o positivismo jurídico-penal, assim entendido como a postura que reduz o objeto de estudo do penalista exclusivamente ao direito estadual, com base na afirmação de que não há outro direito senão o positivismo.

Finalmente, o caráter histórico condicionado da distinção entre direito público é enfatizado; empreendida a crítica do Estado enquanto abstração a-histórica, e verificada como limitações do positivismo jurídico-penal, é correto que o direito penal pertence ao público interno (BATISTA, 2007).

Batista (2007) traz também a posição de Kaufmann (1976), segundo esta, toda legislação positiva presume sempre certos princípios gerais de direito. É comum os autores buscarem deduzir tais princípios, seja de suas concepções de direito penal, de suas conexões com outros ramos do direito, ou de características da própria ciência penal, ou mesmo situá-los como princípios interpretativos.

Alguns dos princípios básicos conseguiram obter reconhecimento ao nível internacional ou interno. Na opinião de Batista (2007), existem cinco princípios básicos fundamentais do direito penal: o princípio da legalidade, o da intervenção mínima, o da lesividade, o da humanidade e o da culpabilidade.

2.1 O PRINCÍPIO DA “ULTIMA RATIO”

O princípio da intervenção mínima se produziu na época do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantinha amplamente difundido o espírito das leis medievais.

O princípio é o fundamento de uma norma legal e a garantia de consistência na aplicação da norma. Nas palavras de Robert Alexy, os princípios são “Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível nas possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (SILVEIRA, 2019)

É importante notar que os princípios têm um caráter obrigatório, de maneira coercitiva e não podem ser removidos por mera liberalidade ou vontade.

O princípio do direito criminal como ultima rácio, isto é, como último recurso, deve ser discutido a partir do conceito de criminalização e dos princípios correlacionados, a saber, o princípio da legalidade, o da lesividade penal e, por fim, o meta-dogma do "na dúvida, beneficia-se o réu". Pois, o princípio do Direito Penal como último recurso não deve ser interpretado como elemento independente, mas como meta princípio que expressa a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal.

Desde a existência das sociedades humanas, a punição social foi legitimada pelos mais diversos motivos, entre eles, a suposta vontade de um deus, as ordens de um chefe, líder, patriarca ou regente, ou a vontade da sociedade(ou de uma minoria que se validava enquanto cidadãos). Contudo, na medida em que nos estruturamos em uma sociedade liberal e democrática, não dispomos do poder de aplicar punições criminais que se justifiquem apenas com a vontade humana ou divina. No Brasil, essa mudança ficou mais evidente nas reformas contemporâneas, que tratam sobre lei vacante, orçamento, efetiva criação da infraestrutura carcerária, entre outros temas.

A solução teoricamente boa e sábia encontrada pela comunidade moderna foi restringir aos eleitos democraticamente o poder de legislar sobre as punições. Hodieramente, mesmo com diferenças consideráveis entre as constituições vigentes e, entre as nações, percebe-se que as restrições realmente impostas aos legisladores não são muito abrangentes. Mantendo assim a amplitude do poder de criminalizar. Ademais, essas restrições, por muitas vezes, não dizem respeito a um dever legal, mas sim, moral.

De modo diferente ocorria no Direito Penal Germânico, quando emergiu, segundo o qual o dever era a vingança de sangue para que se fosse restaurada a ordem de paz. Contudo, já havia a figura da composição, pela qual se determinada "o preço da paz". (Bittencourt, 2019)

Apesar de não se busca descrever o limite de restrição aos legisladores, nem tentar esboçar o conteúdo de uma ética geral criminal, deve-se ressaltar que o princípio do direito penal como último recurso não é respeitado.

Utilizando da literatura criminal internacional, mais especificamente alemã, Andrew Ashworth, apud, Nils Jareborg, conceitua o princípio como a redução do âmbito do Direito Penal ao mínimo absoluto, de modo a esse recurso só seja avocado em caso de condutas já criminalizadas, de maneira a proteger a liberdade individual e os arranjos sociais, sendo também necessário garantir que os indivíduos tenham capacidade de exercer sua autonomia. Assim, mesmo que pareça teoricamente justificável criminalizar determinada conduta, a decisão não deve ser tomada sem que se avalie os impactos dessa criminalização, sua eficácia, efeitos colaterais, e a possibilidade de resolver o problema por outras formas de regulação e controle.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, também famoso como princípio da reserva legal e difundido pela fórmula "nullum crimen nulla poena sine lege", aparece com a revolução burguesa e expressa, em nosso meio, a etapa mais importante do movimento ocorrido.

O artigo 9 da Carta de Direitos da Virgínia declarou que as leis retroativas destinadas a punir crimes antes de sua existência são opressivas e não devem ser promulgadas. A formulação latina foi cunhada e introduzida na linguagem jurídica pelo professor alemão Paulo João Anselmo Feuerbach, especialmente em seu tratado que revisitou em 1801.

O princípio da legalidade, fundamento estrutural do próprio Estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspira à segurança jurídica, compreendido ou não no sentido da previsibilidade da intervenção do poder punitivo

do Estado, mas também na perspectiva subjetiva do sentido securitária jurídica que Zaffaroni postula. (BATISTA, 2007)

O princípio da legalidade pode ser lido como uma regra de interpretação e lógica: se o Parlamento, responsável por criar e editar nossas leis, pretende interferir nos direitos ou nos princípios fundamentais, deve expressar essa intenção em linguagem clara e inequívoca. (MAXWELL, 2016)

De maneira coincidente o princípio da Legalidade é tratado na Suprema Corte Brasileira. Para ilustrar, trazemos as palavras do ministro Edson Fachin em julgamento do Recurso Extraordinário 1.089.139:

“Com base nessas premissas, é de se reconhecer a importância do princípio da legalidade no Direito Penal, porquanto inadmissível que o Poder Judiciário venha a criar livremente o Direito, sobretudo para criar crimes e cominar penas ou, até mesmo, ampliar o seu alcance em prejuízo do réu.”
(BRASIL, 2019)

Ademais, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Habeas Corpus n.º 516.482 - SC (2019/0176589-6) exemplifica a aplicação de tal princípio. No julgado em questão, a ré era acusada de um “delito” que, na verdade, jamais fora tipificado, conquanto, era uma condensação de duas condutas diversas, as quais eram delitos solitários, mas não em conjunto. Nas palavras do ministro:

“Sustenta, porém, que esse raciocínio é inválido porque fere o basilar princípio da legalidade penal (CRFB/88, art. 5.º, XXXIX), na medida em que essa fusão é, na verdade, uma criação doutrinária e jurisprudencial de uma nova hipótese criminalizadora a partir da junção de dois tipos penais diversos.”(BRASIL, 2019)

Para Batista (2007), o princípio aparece na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais e no primeiro artigo do Código Penal, que diz que não há crime sem uma lei anterior que o defina, nem pena sem cominação legal prévia. Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime. O princípio da legalidade, visto da perspectiva da garantia individual, pode ser decomposto em quatro funções, que examinaremos a seguir.

Analisando ambas as citações, percebemos que a primeira face do princípio é a proibição a retrospectividade, isto é, ninguém pode ser condenado por delito que não esteja previsto em lei. Mesmo que tal conduta seja criminalizada posteriormente, a lei que a proíbe apenas pode ser aplicada a atos vindouros em relação a ela.

Aqui temos a função histórica do princípio de legalidade que surgiu exatamente para reagir contra as leis após o facto. Tem sido argumentado que o chamado Tribunal de Nuremberg violou o princípio de legalidade sob o aspecto da irretroatividade do direito penal.

Segundo, o princípio protege zelosamente os cidadãos do poder dos juízes e tribunais, visto que monopoliza a legitimidade de criminalização nas mãos dos legisladores, afastando do Poder Judiciário a prerrogativa de dizer o que é e o que não é crime. Pois, se os tribunais tivessem liberdade de exceder sua jurisdição e legislar sobre aquilo que julgam, o estado de direito chegaria ao fim

Afinal, o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito tem sua prerrogativa de punir tolhida pela própria legislação, fugindo assim do imperialismo, do autoritarismo e do nacional-socialismo, para que se respeite as vontades e atitudes internas do indivíduo. Dessa forma, o Direito Penal se resigna a uma proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais (Bitencourt; 2020).

Somente a lei escrita, ou seja, promulgada de acordo com as disposições constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume. Batista (2007) fala de reserva absoluta e reserva relativa da lei para aprofundar o entendimento das disposições constitucionais relativas à legal.

Terceiro, o princípio protege os desvios da lei perante a igualdade, visto que apenas legislações federais e aplicáveis a todos os cidadãos podem ser incriminatórias.

Também proíbe o uso da analogia para criar crimes, justificar ou agravar as penas. Batista (2007) chama de analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular para outra enunciação singular, inferindo a

segunda devido à sua semelhança com a primeira. A total inaplicabilidade da analogia, diante do princípio da legalidade, a toda e qualquer norma que defina crimes e cometa ou agrave penas, cuja expansão lógica, por qualquer processo, é estritamente proibida, e há unanimidade na doutrina brasileira neste ponto. Historicamente, o direito penal nazista se baseava em grande parte na analogia e, no Brasil, a analogia proibida era frequentemente admitida e praticada. O acesso da analogia ao que Aníbal Bruno chamou de direito penal rígido, ou seja, o direito penal que cria crimes e os pune, tem suas portas abertas para cumprir suas funções integrativas no resto do sistema jurídico; e como isto está estruturado em uma dualidade tensiva, segue-se que é possível formular um critério prático e verificável para esta analogia admitida: é o que favorece o acusado, é *em bonam partem*. Pois, o artigo. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil recomenda que, na omissão da lei, o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Quarto, o princípio da legalidade protege os elementos centrais de uma audiência justa, pois nossa legislação estabelece regras processuais a serem seguidas pelo(s) julgador(es), exigindo que eles julguem conforme a legislação estatutária, protegendo direitos e garantias fundamentais e preservando a ordem jurídica.

Outro elemento é que o Parlamento só pode interferir nesses direitos e garantias apenas de forma clara e inequívoca. Afinal, para Lord Diplock, da Casa dos Lordes do Reino Unido, o estado de direito exige que um cidadão, antes de se comprometer com qualquer ação ou omissão, seja capaz de conhecer antecipadamente quais são as consequências legais que advirão de sua conduta. (REINO UNIDO, 1975).

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não tivessem uma clareza denotando o significado de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Alguns autores deslocam a ênfase para a subjetivação da imprecisão do preceito, ou seja, para o aspecto de que o preceito deve ser determinado e especificado de modo a fazê-lo e de ver para o cidadão a conduta a ser seguida, e

os limites do próprio comportamento livre. É possível distinguir, como fez Zaffaroni, segundo Batista (2007), algumas modalidades mais frequentes de violação do princípio da legalidade, criando incriminações vagas e indeterminadas, como a seguir: a ocultação do núcleo do tipo, o uso de elementos do tipo sem precisão semântica e tipificações abertas e exemplares, que se tornam inviáveis devido à dependência que o significado jurídico tem de termos que integram campos associativos ausentes em seu discurso.

Vale ressaltar que o princípio da legalidade não pode superar uma legislação densa ou labiríntica, mesmo que prejudique o réu. A saber, quando a multa for uma das espécies de sanção prevista para o delito, sua isenção se verificaria violação ao princípio da legalidade. (PARAÍBA, 2020)

2.3 COMO O DIREITO PENAL DEVE SER

Primeiramente, qualquer teoria do direito penal deve explicar porque esse é distinto e digno de atenção separada de qualquer outra esfera jurídica. A lógica do direito penal começa com a criminalização, isso é, a interposição de sanções a condutas repugnadas pelo corpo social, ou ainda, de condutas que impeçam a execução de outras leis.

É possível imaginar um mundo em que a lei se concretize por inteiro — em que as pessoas se abstêm uniformemente de todas as condutas criminalizadas, contudo, não é o mundo em que vivemos e, definitivamente, não é o país em que vivemos.

Quando da iminência do cometimento de um crime, tanto o Estado, quando pessoas naturais, têm poderes e permissões para evitar que a conduta seja executada ou consumada. Essa prerrogativa é classificada por James Edwards (2019), professor de direito da Universidade de Oxford, como “ex ante” — isto é, antes do cometimento do crime.

Contudo, existem poderes e permissões dados os acusadores, geralmente na figura do Ministério Público, a apresentarem seu caso contra o ofensor. Assim, entende-se que os processos criminais são fortemente inclinados a favor do lado acusador. Apesar do exposto, há, na legislação, proteções processuais oferecidas em processos criminais, contudo, essas não se verificam. Dessa forma, criminalizar faz muito mais do que tornar uma conduta errada perante a lei.

2.4 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Poucos doutrinadores negam que uma das funções do direito penal seja aplicar punições justificadas, (MOORE, 1997, apud Edwards, 2019). Contudo, alguns defendem que esse foco na punição seja exagerado.

Primeiramente, é importante observar que desde os primeiros anos da infância, temos motivos para prestar contas de nossas ações a outras pessoas e assim, nossas concepções do que é certo ou errado são moldadas por família, escola e sociedade, podendo, inclusive, acarretar sanções, como uma advertência escolar.

Vale ressaltar, ainda, que apoiar os direitos e garantias dos acusados não é dizer que devemos acabar com as punições criminais, mas criticar o modo como são impostas. Em suma, o castigo por si só é injusto a imposição de uma pena justa pelo Estado precisa de um objetivo igualmente pautado na justiça e esse objetivo há de ser a ressocialização.

Nesse ponto, se faz necessário tratarmos da reincidência dos criminosos brasileiros, isso, pois nosso sistema não ressocializa e tem uma enorme taxa de reincidência, criando um estigma de que quem ocupa o banco dos réus está marcado para o resto da vida.

Isto porque o Direito Penal é concebido como instrumento da comunidade — uma maneira de garantir que a comunidade obtenha o que é devido, aos transgressores. (EDWARDS, 2019)

Seguindo, destaca-se a ideia de uma função comunitária do Direito Penal, visto que essa esfera é responsável, não por manter a ordem, pois essa é um dever de cada indivíduo, mas por moldar e orientar os transgressores, devolvendo-os ao corpo social como bons cidadãos, através do controle oficial sobre até onde vão os procedimentos criminais.

Até agora, nos concentramos nas funções que o direito penal cumpre em resposta à prática de crimes. Contudo, pode-se afirmar que outra função da lei criminal é impedir irregularidades criminais vindouras. Adotamos, assim uma teoria mista sob a função do Direito Penal.

2.5 OS LIMITES DO DIREITO PENAL

Ninguém nega que algumas coisas não devem ser criminalizadas, enquanto outras não, mesmo que essa separação não seja unânime e gere debates no corpo social.

No plano ideal, só seria permitido criminalizar condutas moralmente injustas. Assim, seria traçada uma linha clara e evidente entre as condutas justas e as injustas. Contudo, na prática, é possível perceber que as restrições impostas ao ato de criminalizar são falhas. (DUFF, 2014, apud Edwards 2019)

A restrição que mais vamos nos ater no momento é o princípio do dano, o qual, segundo Edwards (2019) estabelece que só é permitido criminalizar condutas prejudiciais ou condutas que exijam riscos injustificáveis, se a criminalização for necessária para evitar danos e se os causados pela criminalização não forem desproporcionais aos evitados.

Para entender a primeira parte do princípio, ou seja, a prejudicialidade da conduta, podemos exemplificar com outro princípio, o da insignificância, que exclui a culpa do agente em decorrência da conduta não ter suficientemente prejudicial, como podemos extrair das palavras do Ministro Celso de Mello (2004):

"O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal"

O princípio da insignificância, que compõe o Direito Penal, é firmado pela máxima latina "minima non curat praetor" e também é conhecida por princípio da bagatela. Esse dogma estabelece uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade do delito e a dramaticidade da intervenção estatal, isto é, a pena aplicável, afinal, alguns crimes nem sequer têm relevância material para suas vítimas. Faz-se assim necessária uma seleção de quais bens jurídicos hão de ser tutelados pelo Direito Penal, para que não haja um desvio da função desse ramo jurídico e que sejam respeitados princípios constitucionais, a saber, a independência dos poderes.

A partir desse princípio, analisamos com olhos mais brandos as condutas de menor potencial ofensivo, afinal, para uma conduta ou omissão ser criminalizada, precisa atingir um bem jurídico de valor social e penalmente relevante. Caso a circunstância seja insignificante para o ordenamento e para a vítima, a implicação de uma penalidade aos moldes genéricos seria desproporcional. Por fim, destacamos que a tipicidade penal, conforme Bittencourt, exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos tutelados, visto que nem toda ofensa configura injusto típico.

O grau da intensidade é medido pela extensão da lesão produzida, analisando a significância da ofensa, sua tipicidade e a consideração perante o corpo social. Para compreender a segunda parte, podemos analisar o direito de portar armas. O debate travado acerca dessa temática, não deveria ter seu cerne apenas nas armas, visto que, as armas são o instrumento do crime, não o criminoso. O que deve ser analisado e questionado é se proibição do porte de arma contribui para evitar danos, pois teoricamente o infrator teria seu acesso a armas dificultado; ou se essa criminalização é desproporcional ao dano evitado.

Outros crimes são mais claros e criminalizam condutas moralmente ilícitas independentemente de lei, como o estupro. Outros delitos, como o furto e outros crimes patrimoniais, trabalham com uma concepção de dano. Não analisaremos aqui as diversas concepções de dano, mas sim o princípio que o ressalta. Também se faz necessário que seja feita a distinção entre o direito penal e o sistema penal. Há outros conjuntos de regras que estão funcionalmente ligados ao direito penal, como o direito processual penal, a organização judicial, a lei de execução, os regulamentos penitenciários, etc.

A polícia judiciária, por exemplo, investiga um crime sujeita às regras que o Código de Processo Penal dedica à investigação policial e às provas. Batista traz a posição de Zaffaroni, cuja definição de sistema penal é o controle social punitivo institucionalizado, atribuindo ao vocábulo "institucionalizado" o significado de se referir a procedimentos estabelecidos, mesmo que não legais. Cirino dos Santos nota que o sistema, de acordo com ele, formado pelo aparelho judiciário, da polícia e prisional e operalizado nos limites das matrizes legais, tenciona afirmar-se tal qual uma estrutura que garante uma ordem social justa, contudo, seu comportamento real contradiz esta aparência (BATISTA, 2007).

Deste modo, o sistema penal é mostrado como antiautoritário, alcançando as pessoas igualmente de acordo com suas condutas, quando, de fato, seu funcionamento é seletivo, alcançando apenas certas pessoas, membros de certos grupos sociais, sob o pretexto de suas condutas.

2.6 OUTROS PRINCÍPIOS

2.6.1 Princípio da Proporcionalidade

Também conhecido como princípio da razoabilidade, exerce uma função limitadora do direito de punir do Estado no tocante às infrações de menor potencial ofensivo. O Iluminismo trouxe uma visão mais humana do Direito Penal, a partir desse momento, as constituições dirigentes passaram a vincular o Direito Penal

proibindo seus excessos e resumindo sua utilização a momentos necessários, adotando princípios fundamentais de um Estado Social e Democrático.

Durante o Período Humanitário, marcado pelos reformadores do Estado Absolutista, e conhecido como “Século das luzes” ou “Iluminismo”, vários autores começaram a se destacar, como Cesare de Beccaria, que escreveu “Dos Delitos e das Penas”, onde discutiu contratualismo, utilitarismo, contrato social, proteção da burguesia e, principalmente, o direito de punir. Essa obra é o célebre opúsculo da Escola Clássica e tem três conceitos que merecem ser destacados: o crime é um ente jurídico, o livre arbítrio é o fundamento da punibilidade, a pena é um meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral.

A proporcionalidade da punição é medida pela importância do bem jurídico protegido nas circunstâncias de outra medida de menor lesão, além da necessidade. Por exemplo, quando falamos em legítima defesa, isto é, empregar os meios necessários, usados com moderação para se defender de mal existente ou iminente, vemos a aplicação desse princípio tanto da impossibilidade de punir alguém que estava apenas defendendo seu direito, quanto na análise dos excessos puníveis.

Para Beccaria, é ‘mister’ escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, desde que também seja a menos cruel possível ao culpado. Até porque, para o autor, quanto mais atroz for o castigo, mais audacioso será o culpado para evitá-lo. Acrescenta que o interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas que os delitos mais graves sejam os mais raros. Acaso se estabeleça o mesmo castigo para quem comete um furto e para quem comete um homicídio, não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos, destruindo as virtudes possuídas pelos cidadãos. Por isso, o legislador deve estabelecer visões principais na distribuição das penas proporcionais e aplique, aos maiores crimes, os maiores castigos (2016).

2.6.2 Princípio de Humanidade

Outro princípio que vale à pena ser destacado é o da humanidade, vinculado e derivado do Princípio da Dignidade Humana que resguarda todo o ordenamento jurídico. A violação a este princípio se materializa na figura do Regime disciplinar diferenciado, o qual, para Bitencourt fere o objetivo ressocializador da pena, ou seja, dificulta a reintegração social, além de ser cruel, desumano e fruto de uma autêntica ilusão de vingança pessoal, que vigorava antes do Direito Penal Romano.

A vingança pessoal se divide em privada, divina e pública, aplicando castigos desproporcionais. Como exemplo temos a Lei de Talião, firmada no dogma “olho por olho, dente por dente”. Felizmente, houve uma atenuação nesta circunstância tão cruel ao aparecer a figura da composição, onde se comprava o perdão; contudo, os que não possuíam bens ainda recorriam à vindita privada antes do surgimento das leis positivadas de Direito Penal.

O Direito Penal Romano foi a ordem jurídica que sucedeu a esse período de vingança privada. Foram separados os crimes públicos, como atos que colocavam em risco a segurança da república e o parricídio; e os delitos civis; por fim, haviam os crimes extraordinários. Foi nesse período que se destacou o “direito de punir”, que na época, era vinculado ao poder do chefe da família.

Chamava-se *Leges Corneliae* os crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos, e *Leges Juliae* eram os crimes praticados contra o Estado. Alguns conceitos do Direito Penal também passaram a ser desenvolvidos nesse período histórico, como o ânimo, que tinha o significado de “astúcia” e a figura do concurso de pessoas.

2.6.3 Princípio da lesividade

Segundo o Dogma da lesividade ou ofensividade, só há crime quando há dano a algum bem jurídico, ou seja, uma lesão a um direito subjetivo. Bittencourt traz, ainda uma teoria pessoal de bem jurídico, colocando-o como um interesse humano concreto. Para o autor, há ainda o bem jurídico coletivo, funcional ao indivíduo e, para Schunemann, o penal, que restringe o direito de punir estatal,

aliado à perspectiva funcional. Para ele, o contrato social permite livre desenvolvimento dos indivíduos, assim, através do método analítico da filosofia da linguagem seríamos capazes de deduzir as coordenadas do Direito Penal.

Esse princípio exerce uma função política e criminal, restringindo o direito de punir e assegurando o devido processo legal. Além disso, serve de orientação à atividade legiferante e de critério interpretativo, aos casos concretos a ‘posteriori’ à edição da lei.

Para Bittencourt, é necessário analisar o perigo concreto da conduta, bem como os efeitos da repressão penal. Em consequência, o autor considera inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato. Vale ressaltar que esse princípio não se confunde com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Aqui, o enfoque está no resultado do delito e não no dolo ou culpa do agente. Cesar Roberto Bitencourt explica que bens legais são aqueles vitais para a sociedade e para o indivíduo, e que merecem proteção legal justamente por sua importância social. (SILVEIRA, 2019).

Contudo, apenas recentemente, nossos tribunais passaram a considerar, de forma consoante, esse princípio incluso no nosso ordenamento jurídico.

Em Minas Gerais, o entendimento do Tribunal de Justiça é que o Direito Penal não se ocupa com condutas que sequer geram dano em abstrato à sociedade, assim, afasta-se a tipicidade material dos delitos em que o prejuízo não for verificado. (MINAS GERAIS, 2019).

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça criou precedente de que os delitos de perigo abstrato prescindem de comprovação de efetiva lesividade da conduta.

Portanto, se não houver prejuízo para o bem jurídico de outra pessoa, mas apenas para o próprio agente, o fato não pode ser considerado como criminoso. Em resumo, ninguém pode ser punido por lesão ou risco de lesão contra suas próprias

legais. Note-se, por exemplo, que não é possível punir uma prostituta adulta e consciente por promover prazer pelo pagamento.

Situação diversa é condenar criminalmente a dona de uma casa de prostituição infantil: é censurá-la por cometer tal ato; e transmitir que isso é moralmente injusto. Essa situação sim, é possível de ser criminalizada, pois, é moralmente ilícita e existe dano (alheio) à dignidade sexual das crianças.

Um segundo argumento é o argumento da punição (Husak 2008, apud EDWARDS 2019), segundo o qual punir criminalmente alguém é prejudicá-lo e o expor ao estigma social. Temos o direito de não sermos intencionalmente prejudicados de uma maneira que nos exponha a esse estigma, a menos que sejamos punidos por conduta ilegal. Por isso, a criminalização precisa ser clara e o devido processo legal seguido, caso isso não ocorra, inocentes sofrerão as penas intrínsecas ao cárcere e o estigma da comunidade.

Uma resposta a esses argumentos é que o direito penal nem sempre censura ou estigmatiza, ao menos, não no plano teórico. Contudo, a realidade carcerária brasileira é extremamente inadequada e ineficaz quanto à ressocialização dos apenados. Ainda, a situação se agrava com o pensamento de “justiça pelas próprias mãos” que ainda é muito presente em nossa sociedade, o que acarreta linchamentos físicos, virtuais e velados.

Pode-se dizer que os danos implícitos à punição justificada são danos que o Direito Penal não temos motivos para impor, pois, não corroboram com a reintegração do infrator a uma sociedade mais justa, nem evitam novos crimes.

Um segundo raciocínio procede da determinação de quais comportamentos são ou não ideais em nossa sociedade. Cada pessoa possui um conjunto de conjecturas em que acredita. Contudo, se pensarmos no corpo social, percebemos que crenças individuais são suprimidas em nome de uma uniformidade de comportamentos. Assim, deve-se refletir no que deve ser feito quando algumas pessoas não agirem como nós acreditamos que deveriam, independente da conduta se manter ou não no plano da legalidade.

Atualmente, argumentos baseados em danos são onipresentes quando são discutidas as leis criminais propostas. Pois, ao longo dos anos, tem-se valorizado mais a liberalidade de cada pessoa, sendo as relações interpessoais, em regra, tuteladas por direito civil cada vez mais voltado para métodos extrajudiciais de resolução de conflito, como mediação e conciliação; e, se afastando a necessidade de serem tutelados no âmbito criminal.

2.7 RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Se imaginarmos que um indivíduo toma para si um bem de outro, só com essas informações poderiam ser afirmado que foram satisfeitos todos os elementos de uma ofensa - se foi feito com dolo, e isso realmente basta para tornar o tomador responsável pelo delito, mas não para responsabilizá-lo criminalmente.

Precisa ser feita em uma inspeção mais minuciosa, pois nossas regras de procedimento e evidências não sustentam uma análise profunda da responsabilidade, ao contrário, a simplificam.

2.7.1 Mens rea

O Código Penal Modelo Americano reconhece quatro níveis diferentes de mens rea: propósito, ou dolo, (o mesmo que intenção), conhecimento, imprudência e negligência. A principal característica adicionada pelo sistema do Código Penal Modelo é que, para qualquer estatuto criminal, a menos que o indique especificamente o contrário, o réu precisa ter agido conforme todos os elementos do crime, durante um estado mental de sanidade (com conhecimento de propósito, mesmo que com imprudência).

Para o projeto Law Shelf Education Media (2020), o dolo ocorre quando uma pessoa age intencionalmente, isto é, com a intenção de que sua ação cause um

determinado resultado. Já o conhecimento questiona se a pessoa agiu conscientemente e se estava ciente que sua conduta resultará em certas consequências.

Seguindo, imprudência, para os americanos, é quando pessoa está ciente de um risco substancial de que um determinado acontecimento ocorra como resultado de suas ações. A diferença entre imprudência e conhecimento é que, quando uma pessoa age conscientemente, ela age com a certeza de que um determinado resultado se seguirá de suas ações.

Por fim, a negligência ocorre quando se deveria estar ciente de um risco substancial e injustificável de que uma determinada consequência resultaria de suas ações. Para Edwards (2019), a responsabilidade criminal deve exigir a mens rea. Mas não só ela. Alguém só deve ser criminalmente responsável pelo delito cometido se for culpado por fazer.

Assim, revisitamos culpabilidade, isto é, a relação psicológica entre o homem e sua conduta. Aproveitando a deixa, o princípio da culpabilidade examina exatamente o elemento de determinação e, para Bittencourt, a culpabilidade funciona como um fenômeno social, através do qual fundamentamos a pena, ou o limite desta, através de um juízo de valor.

Também analisamos a capacidade de culpabilidade por uma perspectiva de consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. Ademais, a culpabilidade é um conceito contrário à responsabilidade objetiva, conhecida por “nullum crimen sine culpa”, a qual trata da inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado e atribui encargo penal pela prática de um fato típico e antijurídico sobre o, qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que aquela é pelo fato e não pelo autor, assim, esta seria a medida da pena. (Bittencourt)

Também são antagonistas, à culpabilidade, as teorias funcionalistas que, após radicalização, firmaram uma finalidade preventiva da pena diante de um sistema normativo, reprimindo o juízo de culpabilidade diante da eficácia simbólica da aplicação da pena. De qualquer forma, as condições sob as quais se comete uma

ofensa são condições de responsabilidade criminal e o infrator deve ser criminalmente responsável por, a saber, matar apenas se sua atitude constituído pelo elemento do dolo ou da culpa.

Uma segunda observação pode ser feita, consagrando o Estado de Direito: a lei deve ser tal que aquele a quem se aplica possam usar suas normas para orientar sua conduta. Dessa forma, uma pessoa que deseja agir conforme a moral, não comete as ações tipificadas como crimes. De acordo com o ideal conhecido como Estado de Direito, aqueles que estão prestes a cometer um erro criminal devem ser notificados com firmeza de que é isso que estamos prestes a fazer.

2.7.2 Actus Reus

É discutível se a mens rea deve ou não ser necessária para a responsabilidade criminal, mas raramente se afirma que deve ser suficiente. O agente deve ser criminalmente responsável pelo delito somente se for culpado por tê-lo cometido. Porém, somos culpados apenas pelo que está sob nosso controle; e sempre existem fatores que afetam os resultados de nossas ações que não controlamos; assim, não devemos ser criminalmente responsáveis pelos resultados que não foram ocasionados por nossas ações. Dessa forma, se outra concausa for a verdadeira razão da consumação do resultado do delito, não seríamos culpados. De maneira mais analítica, só controlamos o resultado se tivermos uma hipótese razoável de impedi-lo ou trazê-lo.

2.7.3 Processo Penal

Superado a responsabilidade criminal pelo cometimento de delitos, é importante ressaltar a defesa no Processo Penal. Nota-se que o Estado trata de forma diferente a defesa da acusação, o que vai desde os poderes instrutórios que fortalecem o Ministério Público criminal, que ainda age mais como um inquisidor que como fiscal da lei; até discriminações mais veladas, como o descaso do Estado com

a defensoria pública que defende os réus. Aquilo que for negado por aqueles que acreditam que existe uma paridade de armas entre a acusação e a defesa.

Além de distinguir entre acusações e defesas, muitos escritores distinguem entre categorias de defesa criminal. No sistema brasileiro, os advogados de defesa e defensores utilizam as excludentes (de ilicitude, culpabilidade, e tipicidade), mas também podem negar os fatos, confirmar, ou apenas silenciar e focar em obter uma penalidade mais tênuem possível. Imagine que existem razões para acreditar que o acusado é criminalmente responsável por cometer o crime. Por uma questão de lei, a verificação dessa premissa depende de normas de procedimentos e evidências criminais, várias delas criticadas pelos filósofos do direito.

Teoricamente, o ônus da prova é do acusador, contudo, o Ministério Público e a polícia investigativa detêm muito mais recursos para conseguir uma prova de acusação, que o acusado detém para produzir uma evidência de sua inocência. Ainda, mesmo que seja posteriormente provada a inocência do acusado, a submissão a um processo criminal já se verifica como uma penalidade, visto que, além do estigma social, do gasto de recursos financeiros com advogado, dificuldade de encontrar emprego, extrema publicidade da mídia acusatória, o indivíduo pode chegar a sofrer com uma injusta prisão preventiva ou temporária.

2.8 A SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, sendo a primeira prisão construída em 1776. Poucos anos após, em 1790, as autoridades estadunidenses iniciaram a organização de um presídio no qual houvesse isolamento por cela, oração e abstinência total de bebidas alcoólicas.

Seis anos após, o governador de Nova York enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular. Seguindo, surgiu o sistema Auburniano, tendo em vista a necessidade e os desejos de superar as limitações do regime celular. Esse novo sistema, conhecido como “sistema silencioso” adota a regra do silêncio e do trabalho em comum. Outro sistema, muito parecido com o anterior é o filadélfico.

Ao longo do século XIX, foi imposta definitivamente a pena privativa de liberdade, que continua sendo a espinha dorsal do atual sistema. Geralmente, nossos doutrinadores acreditam que a filosofia penitenciária seria modificada pela obra de 1840 do governador da Ilha Norfolk, na Austrália. Ele criou o sistema progressista, como denominaram os ingleses, o qual se dividia em três períodos. O primeiro era o isolamento celular diurno e noturno, chamado período de provas, com a finalidade de fazer o apenado refletir sobre seu delito. O segundo é o trabalho comum pela regra do silêncio, período durante o qual o apenado era recolhido em um estabelecimento sob o regime de trabalho comum com a regra do silêncio durante o dia, mantendo-se a segregação noturna. Por fim, ocorria a liberdade condicional, limitada, ver que o preso a recebia com restrições às quais devia obedecer e tinha vigilância por um tempo limitado.

Em 1835, o coronel Manuel Montesinos e Molina foi nomeado governador do presídio de Valência e elaborou uma obra referindo-se à importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir no recluso uma definida consciência.

Hoje, contudo, pode-se dizer que o sistema progressivo encontra-se em crise e que formalmente se substitui por um tratamento de individualização científica, embora a aplicação de princípios científicos não resolva todos os problemas que encerra o comportamento delitivo.

O Brasil tem lutado há décadas para conter a violência prisional. Consertar o sistema carcerário disfuncional brasileiro é um desafio complexo, ligado ao tecido social do próprio país. O Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta depois dos Estados Unidos e da China. Tomemos o caso do presídio de Altamira, onde ocorreu o massacre de 2019: havia 343 detentos amontoados em um espaço projetado para apenas 163. Outra razão pela qual as prisões estaduais do Brasil experimentam com tanta freqüência tumultos brutais é a violência inter-facções entre as organizações de tráfico de drogas. A superlotação dramática e o domínio dos grupos de tráfico de drogas tornam as mais de 1.500 prisões estaduais do Brasil extremamente perigosas.(MUGGAH, 2019)

A violência na prisão de Altamira foi horrível, mas não sem precedentes. O governo nacional tem lutado para recuperar o controle do sistema penal. Uma razão pela qual o progresso real tem sido tão difícil é que as prisões brasileiras espelham injustiças estruturais mais profundas na sociedade como um todo. Os riscos de

violência nas prisões são exacerbados pela falta de oportunidades para os detentos uma vez que eles tenham entrado no sistema penal. O resultado é que a maioria dessas pessoas encarceradas no Brasil hoje não estão preparadas para se reintegrarem à sociedade quando saem.

A administração do Presidente Jair Bolsonaro pretende expandir a população carcerária como parte de sua agenda anti-crime. No centro da estratégia do governo nacional estão medidas para alongar e fortalecer a sentença, especialmente por crimes violentos. O tom dado pelo governo federal ressoa mal para os muitos brasileiros que estão cada vez mais entorpecidos com os massacres nas prisões. (MUGGAH, 2019)

Até o ano passado, os esforços do governo nacional se concentraram em separar os líderes das organizações de tráfico de drogas. As autoridades nacionais também tomaram uma série de medidas de emergência em resposta ao massacre em Altamira e, a médio prazo, anunciaram que construiriam o equivalente a 20.000 novos espaços de celas nas prisões estaduais até o final de 2019, os quais não foram construídos até o final de 2020.

3 O ESTELIONATO

Na Codificação Penal de 1891, o delito de estelionato comportava várias condutas, devidamente discriminadas, diferente do código atual, que traz uma criminalização altamente genérica. Para facilitar a comparação, o código de 1891 criminaliza as seguintes condutas: alhear a cousa alheia como própria, ou trocar por outras as coisas, que deveria entregar; locar ou aforar a coisa própria já alheada, locada ou aforada; dar em caução, penhor, ou hipoteca, bens que não puderem ser alienados, ou estiverem gravados de ônus reais e encargos legais e judiciais, afirmando a isenção deles.

Também fazia parte do tipo penal: desviar os objetos dados em penhor agrícola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoratícia; usar de artifícios para surpreender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; e induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito; abusar de papel com assinatura em branco, de que se tenha apossado, ou lhe haja sido confiado com obrigação de restituir, ou fazer dele uso determinado, e nele escrever ou fazer escrever um ato, que produza efeito jurídico em prejuízo daquele que o firmou.

Seguindo, também era crime abusar, em próprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiência de menor, interdito, ou incapaz, e fazê-lo subscrever ato que importe efeito jurídico, em dano dele ou de outrem, não obstante, a nulidade do ato emanado da incapacidade pessoal; usar de falso nome, falsa qualidade, falsos títulos, ou de qualquer ardil para persuadir a existência de empresas, bens, crédito, influencia e suposto poder, e por esses meios, induzir alguém a entrar em negócios, ou especulações, tirando para si qualquer benefício.

Ainda, criminalizava-se usar de qualquer fraude para constituir outra pessoa em obrigação que não tiver em vista, ou não puder satisfazer, ou cumprir; fingir-se ministro de qualquer confissão religiosa e exercer as funções respectivas para obter de outrem dinheiro ou utilidade; alterar a qualidade e o peso dos metais nas obras que lhe forem encomendadas; substituir pedras verdadeiras por falsas, ou por outras

de valor inferior; vender pedras falsas por finas, ou vender como ouro, prata ou qualquer metal fino objetos de matéria inferior.

Já o Código atual tipifica o estelionato como “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”, acrescendo as seguintes condutas em um rol exemplificativo: vender, permutar, dar em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria; vender, permutar, dar em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante paga em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias.

Também aquele que defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a salvaguarda pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado; defrauda substância, qualidade ou quantidade de objeto que deve entregar a alguém; destruir, total ou parcialmente, ou ocultar peça particular, ou lesar o próprio corpo, ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão, ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro; emitir cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o embolso.

Percebemos, assim, uma abordagem bem ampla do que seria estelionato, logo, o leque de condutas que podem ser criminalizadas é maior. Conforme Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, juristas italianos, o estelionato foi transformado em uma espécie de “delito-tampão”, no qual são enquadradas as mais diversas ações. (FIANDACA e MUSCO, apud. TOVO, pag 11)

3.1 ASPECTOS DOGMÁTICOS DO ESTELIONATO

Se faz necessário analisar o contexto em que o delito estelionato insere-se no corpo normativo brasileiro. Afinal, a trapaça e o engano, por muitos séculos, não têm sido tipificados especificamente. Em relação à conduta atualmente incriminada, deve-se observar que a formulação trazida pelo artigo 171 do Código Penal atual se baseia em quatro pilares principais: trapaça, erro, vantagem ilícita e prejuízo. No que concerne à atuação, hoje em dia, incriminada, no Brasil, tem que se sinalar que a

caracterização trazida pelo ‘item’ 171 do Código Penal vigente, alicerça-se sobre quatro pilares: ardil, a indução em erro, a obtenção de uma vantagem econômica e prejuízo patrimonial de outro.

Ademais, faz-se necessário restringir o que significa estelionato contratual ou negocial que difere do estelionato convencional, pois inova na modalidade em relação ao meio, pois, o contratual concretiza-se em um pacto firmado entre o agente e a vítima. A atuação a ser examinada toma uma seriedade superior, na circunstância financeira existente, afinal, as ligações forenses gradativamente se tornaram mais complicadas, em particular com o evolucionar do método. A circunstância de ligações e negociações progressivamente mais enredadas, rápidas e abundantes, causa questões em searas variadas do Direito, porque é um dispositivo atribuído a solucionar contendas coletivas em um lento período.

O estelionato, em seu aspecto comum, é a dedução patrimonial que se perpetra desde a cooperação da vítima, que não é submetida a nenhuma agressão física ou de princípios, contudo, se encontra acometida de uma distorcida interpretação dos fatos. Mesmo que se deseje que ocorra um aprendizado direcionado, não é provável criá-lo sem determinar os padrões do tipo usual que são tomados como conjecturas. O estelionato comercial é caracterizado por uma instrumentalidade executiva consubstanciada pela introdução da fraude como elemento indelével da relação pré-contratual. Apesar disso, as pessoas recorrem cada vez mais à esfera penal, tanto por um sentimento de vingança enraizado, quanto pelo mito da falência da esfera cível, em decorrência de sua típica morosidade.

3.2 COMPONENTES ESTATUTÁRIOS DO CRIME DE ESTELIONATO

3.2.1 O progresso da concepção criminal de patrimônio

Entender acertadamente o bem legal protegido é o primeiro trabalho para o aprendizado sobre esse crime. Não podemos considerar moderno o debate acerca de partilha de concepções entre esferas díspares do Direito, o que ocorre tanto na

doutrina brasileira, quanto na estrangeira. Em simultâneo, em que Hungria (1995), em seu livro “Comentários ao Código Penal”, apresenta que o Direito Criminal na proteção dos bens materiais, coisa alguma tem de característico, sendo só sancionatório de regras do direito privativo; Chodán Montalvo (2009) assevera que, em qualquer caso, a Ciência Criminal não é oferecido como uma disciplina puramente punitiva que se reforça através da penalização de preceitos penais estabelecidos no âmbito da lei privada.

Aqui, de enorme valor é a diagnose de Salvador Netto (2013), para o qual não é apropriado atracar o assunto das regras penais em proposições do Direito privativo, não se apresenta certo um empenho para se esquivar das igualdades. Não obstante, é notório que domínio, fruição e bens materiais são conteúdos cunhados e avançados sob a referência do direito privativo, cujo uso é substancial para o aplicador que quer convenientemente explanar, por exemplo, delitos patrimoniais. Primeiramente, é de se salientar que a assinatura “crimes contra o patrimônio”, contínuo do Título II da Parte Especial da hodierna lei criminal, distingue-se daquela do velho diploma de 1890: “crimes contra a propriedade”.

Por conseguinte, tem-se classicamente e na lição de Hungria (1934), que o patrimônio entende-se como o domínio material e, por norma, os direitos reais; o domínio abstrato ou especial, a fruição, os direitos crediários ou obrigacionais. Apesar disso, essa contribuição não assemelha servir-se por completo à esfera do Direito Criminal. A sério, em se agindo sobre “crimes contra o patrimônio”, o porte patrimonial não precisa ser igual ao seu valor financeiro, e, por meio característico de efeito, dano patrimonial não se refere a dano financeiro.

Para Hungria, apesar disso, a dominante do componente patrimonial quer sua índole financeira, sua importância traduzível em dinheiro, cumpre acautelar que, por ampliação, igualmente se dizem patrimoniais aqueles objetos que, apesar de sem importância venal, demonstram alguma conveniência, mesmo que apenas de princípios. A valer, Binding (1902) foi o responsável pela prima enunciação de uma concepção judiciária de patrimônio. Para o criminalista, o patrimônio de uma pessoa é formada pela soma de todos os seus direitos de propriedade. Contudo, com o progresso de posteriores teorias, esse ponto de vista algumas objeções.

Aqui está a essência do problema em se conseguir uma ideia unitária de patrimônio, dado que é árduo o trabalho de acumular, ante esta própria assinatura, a desigualdade de delitos nela indicados. Salvador Netto (2013) ensina que aos denominados delitos patrimoniais, a concepção de bem jurídico encontra-se forçada a congregar, caso deseje conservar sua aparência unitária, tutoriais a itens muito desiguais, os quais reúnem desde o domínio em seu espírito mais comum de direito real até a integridade negocial na formalização de contratos.

Para obstruir essas discrepâncias, observemos, portanto, as outras sugestões teóricas de patrimônio para o Direito Penal. Primeiramente, a concepção financeira julga apenas a natureza financeira dos bens, assim, aqueles objetos que são capazes de serem traduzidos em dinheiro, de modo que ficariam esquecidos dessa visão, a título de exemplo, os privilégios que intercalam as ligações entre cidadãos e objetos. A concepção mista de patrimônio cuida de dar um olhar agregador os tópicos importantes e coerentes das duas teorias acima expostas.

Finalmente, a concepção pessoal de patrimônio, ponto de vista moderna que pretende retificar definidas imperfeições da linha mista, introduz a parcialidade como componente a autorizar a custódia de autonomia de disposição patrimonial. Desse momento, tem-se a assimilação de acordo com a qual a hipótese mista seja capaz de conseguir superior deslanche, modernamente, para a saída das perguntas dogmático-penais, depois que posta, é aclarado, ante a óptica de definidos parâmetros de conserto.

3.2.2 Bem jurídico protegido

Acertadamente expostos os contornos da significação penal de patrimônio, traz-se a luz a altercação em volta da objetividade judiciária da atuação do íntimo desta obra, a qual é substancial para reconhecimento suficiente dos componentes estatutários do estelionato. De acordo com Bechara (2014), a altercação sobre a formação da hipótese do bem jurídico agora foi encadeado com superior profundezas em vários trabalhos teóricos, em defluência do valor do assunto e da atitude

destacada que ocupa na teoria do crime. Conseguimos enunciar que o conceito de bem jurídico, tal como é compreendido, na atualidade, tem suas raízes fincadas no Iluminismo, e assentada no entendimento inovador típico desta época, sumamente influenciada pelos conceitos metafísicos kantianos.

A partir do início do entendimento de bem jurídico, perpassando pelas suas várias formações teóricas no decorrer dos tempos, o que se averiguar é um curso na direção da regulamentação e do limite do direito de punir do governo, a todo momento na procura de um Direito Penal altruísta. Desse ponto, transcorre a já mencionada complicaçāo em se conseguir uma demarcação definida da classe de “bem jurídico”, dado que a criminalização de condutas tem de se oferecer desde escolhas governamentais apropriadas às advertências constitucionais, e não submissas a uma concepção cerrada, seguramente incompetente de propiciar uma conclusão homogênea sobre aquilo seria objeto da tutela penal.

Assim, a carta magna age de modo limitador à ação legislativa, abarcando princípios que precisarão ser observados da ocasião de criminalização de condutas. Leciona Batista (1990) que o diploma constitucional funciona especialmente como uma autoridade de negação. Da mesma forma, Reale Júnior (2004) pontifica que o bem jurídico antecede à edificação estatutária, existindo enquanto objeto da seleção do legislador na qualidade de valor a ser tutelado criminalmente.

Com exceção da incumbência de traçar a ação legiferante, da óptica escrupulosamente sentenciosa, o bem jurídico mostra-se como cerne da matéria do delito tipificado, a julgar por não existir crime sem prejuízo ou sem risco a um bem jurídico anteriormente alcançado por uma norma incriminadora. Assim, nem todo bem constitui um bem jurídico protegido por lei penal. Em consonância com o conceito que o Direito Penal presta-se apenas à tutela em “ultima rācio”, ou seja, sua interferência só é essencial no momento em que as demais autoridades tiverem fracassado.

Finalmente, com arrimo na matéria de Claus Roxin (1997), jurista alemão, somos capazes de resumir o significado de bem jurídico como situações ou propósitos que são úteis à pessoa e ao progresso na esfera de um coletivo. As

concepções sucintamente expostas autorizam deduzir qual é o ideário fundador da teoria do bem jurídico, bem como, quais se tornarão seus reflexos na atuação delitiva. Tovo Loureiro (2014) destaca que, topograficamente, o estelionato situa-se no Título II da Parte Especial do Diploma Criminal, que reúne as condutas criminosas que afrontam o patrimônio.

Acerca disso, Choclán Montalvo (2009) assevera que a teoria é praticamente unânime quando qualifica o estelionato como um crime contra o patrimônio, ou seja, a tutela penal protege os bens da vítima. Apesar de se basear no fundamento maioritário, e surja do mesmo modo que uma linguagem harmônica aos julgados, o conceito de estelionato, enquanto um crime que ofende só o capital é repetida sem a merecida ponderação. Com a intenção de estimular a altercação e assinalar o ponto protegido por Tovo Loureiro (2014), faz-se apropriado transportar questionamentos ao padrão principalmente adotado, confrontando-o com outros pontos de vista que enumeram demais veículos a orientar a salvaguarda judiciária ensejada pelo crime de estelionato, a saber, o tráfego jurídico ou social da circulação de bens, a confiança e a liberdade de disposição patrimonial.

No que concerne a estes prováveis objetos estatutários, faz-se necessário explicar em que consistem e como suportam os ataques da realidade delituosa tem que se indicar quais alegações são lançadas pelos penalistas contrários a sua apropriação à trama do bem jurídico. Existem partes do fundamento que combatem ser o estelionato um crime pluri ofensivo, dado que sua realização feriria inumeráveis bens jurídicos ademais ao patrimônio. A alegação que fazem aqueles que repelem o tráfego jurídico ou social da circulação de bens como objeto jurídico funda-se na regra que o Direito Penal não se dirige a uma proporção acima do indivíduo, sendo seu fim precípua, conservar interesses individuais.

Distinto bem jurídico, às vezes, posto como 'item' do âmbito de salvaguarda do estelionato é a confiança. Mesmo que existam utensílios forenses que garantam um adequado rumo das ligações de circulação de bens e serviços, o primo motivo da economia é a espera de gratificação equilibrada ao dever com o qual o indivíduo se compromete. Nessas condições, a sugestão de Niklas Luhmann de uma

interpretação sociológica da confiança, atribui um dever de destaque no ultrapassar de abstracionismos (MENEZES CORDEIRO, 2001).

O ponto de vista da confiança enquanto acelerador das ligações comunitárias realça seu dever como bem jurídico merecedor de amparo. O civilista Carneiro da Frada (2004, apud TOVO LOUREIRO, 2014), a partir da óptica da responsabilidade civil, afirma que o engano anterior consubstancia-se na gênese de uma confiança que se conhece de antemão que não será correspondida, ensejando um atentado das obrigações de boa-fé, sujeita de julgamento de reparo. Sylvia Calmes (2001), ante o ponto de vista do Direito Público, ampara as raízes da autenticidade da confiança em três pilares: o preceito democrático, a segurança jurídica e a boa-fé; e destaca que essa, possuiria um cunho acima do indivíduo e outro individual, podendo ser abarcada pelo Direito Penal.

A desaprovação feita essa última colocação é que as disfunções do conjunto financeiro são próprios a sua ação, não competiria ao Direito Penal a presunção de ver a sua constância, acelerando o amparo para a confiança, pois, essa, agora existiria abrigada no bem jurídico patrimônio. Estas construções teóricas são de imenso valor para amparar na análise do estelionato, em particular, aquelas que incidem sobre os vínculos de confiança entre as pessoas. Para Tovo, existe uma parcela da doutrina que declara que a autonomia de disposição pode ser uma dos princípios abalados pela ação do estelionatário.

Deste modo, conciliante com a classe delitiva, às vezes, é feita a subsequente dedução: a perda financeira é feita através de um atentado à liberdade de arbítrio da pessoa; quiçá, além de um recurso para a efetivação do crime, esta consiste em uma norma independente defendida pela Diretriz Penal. Essa orientação acha acolhimento especialmente aos modernos preceitos germânicos, segundo os quais os objetos do estelionato seriam os seguintes interesses jurídicos: os ativos da pessoa, a lisura do mercado e a autonomia de disposição da vítima.

Destaca-se que a espécie penal do estelionato, no documento repressor germano, pende, para sua realização, não só de uma lesão aos ativos de alguma pessoa, porém que essa lesão ocasione um engodo satisfatório ao sofredor, cujas

esperanças foram frustradas no trato com o estelionatário. Negando a colocação majoritária dos escritores brasilianos e do exterior, a orientação perfilhada por Tovo cria um coral com as vozes isoladas que protegem que a assinatura penal em aprendizado alcance uma multiplicidade de princípios e predileções forenses.

A sério, o estelionatário, mais adiante de consistir em um vitupério ao patrimônio do injuriado, é, igualmente, um atentado ao bem jurídico, confiança, cuja dignidade penal foi demonstrada. Assim, o princípio confiança, do modo referido acima, é um dos pilares das ligações de trocas de bens e serviços, se alguma possível parte temer que o acordo não será cumprido com igualdade, improvavelmente acompanhará os acordos. Na tarefa legiferante, no momento da gênese de um tipo penal, existe uma predisposição de considerar os vários interesses dignos do refúgio punitivo e unificá-los em um só, que se tornará objeto da tutela jurídica, em desvantagem dos outros.

Feitas tantas ponderações, bem como refutadas as possibilidades contrárias, apesar de consistir em fundamento principal, deduz-se que o estelionato é um crime pluri ofensivo. De modo a finalizar, salienta Tovo que a pluri ofensividade não significa que os bens jurídicos protegidos têm existência particular: sua tutela explica-se dado que se encontram interligados.

3.2.3 ARTIFÍCIO, ARDIL E INDUÇÃO EM ERRO

De acordo com o mencionado antecedentemente, a atuação do sujeito ativo sedimenta-se ao desordenar a competência de deliberação do sujeito passivo. As manobras do estelionatário que atraem a ocorrência da diretriz incriminadora são o artifício ou ardil. Tradicionalmente, os referidos conteúdos são de tal modo descritos pela dogmática: artifício é uma alteração ou comutação visível da existência, por meio do qual o estelionatário insere, no plano fático, situação imaginária, ou, de diferente modo, camufla as reais; no que lhe concerne, o ardil, conforme Fiandaca e Musco (2009), alicerça-se desde pura eloquência para que a contraparte seja enganada.

Depreende-se das definições doutrinárias que as situações elementares artifício e ardil, têm leves gradações que estabelecem suas fronteiras, apesar das duas reservarem-se a contornar a intelecção do injuriado em um firmamento mentiroso gerado pelo estelionatário: o ardil aconteceria recorrendo a vocábulos e discursos falazes, o artifício, no que lhe concerne, reivindica alguma teatralidade a mais, pela gênese de representações para possibilitar a artimanha. Abastadamente conceituadas essas situações, existe distinto assunto que é digno de concentração em relação ao artifício e ao ardil, a pergunta de sua fiabilidade, ora, quer dizer, a grandeza de sua existência real para motivar o engodo, que é elementar ao tipo penal.

Existem dois aspectos aqui: o que julga que o teste de fiabilidade há de ser feito "ex post" e a que julga que o exame deve ser feito "ex ante"; conforme a vitimodogmática. Essa tese é um ponto de vista propalado por poucos penalistas germânicos contemporâneos, do meio dos quais se realça Schunemann (2006), que tenciona levar mais dos tópicos que contornam a vítima para a ideia da teoria do crime. Retornando às correntes mencionadas, a prima delas argumenta que a grandeza da fiabilidade do artifício ou do ardil é feita depois da realização do engodo.

Advoga a segunda corrente que o aplicador tem que ver isoladamente o ardil ou o artifício, apesar da conquista da consequência desejada. A repressão de que a colocação sujeita-se ao aspecto coletivo do crime, em particular, influenciada pelo ponto de vista da vítima perfilhada, é criada com base em parâmetros relativos da ciência criminal, especialmente, ao crime de estelionato, que se reúnem em duas amplas associações de executantes e a aderência a alguma dessas duas extremidades hermenêuticas quer dizer efeitos para todos os elementos associados à configuração penal em discussão.

Até agora, acompanhando uma coerência de superior castigo, seria capaz de ter dignidade penal em ações perpetradas por cidadãos que se dizem detentores de atribuições divinas ou autoridade sobre as luas, ou ainda, ciganas que divulga a competência de trazer o homem querido em três dias, no instante em que ganhassem valores de seus crentes ou consultores. A colocação de Tovo Loureiro

(2014) compatibiliza-se mais com a diretriz que advoga por uma certa medida de sensatez do mártir no que se compara à obrigação de defender a si própria.

Dessa colocação perfilhada, corre o particular entendimento assumido para apreciar a competência do artifício e do ardil de motivar prejuízo. Mais adiante à apuração de fiabilidade a organização jurídica feita pelo ‘item’ 171 do Código Penal, procura que se precise haver um certo laço de conexão a meio-termo do ato e da consequência da assimilação do traído. Entre o assunto do ferramental do estelionato, tem um conteúdo com algo de controverso, que trata sobre a exequibilidade de seu acometimento pelo caminho omissivo, ou, referido de outra maneira, interromper-se ou calar-se seria conceber métodos hábeis para a construção do engodo. A primeira maneira de defrontação é a jurisprudência, a qual comprehende que o calar, em situação em que existiria dever forense de aviso à contraparte, é suficientemente para conformar o instrumento da indução em erro. Contudo, se não for uma informação necessária ou se o réu não souber ser necessária, ocorre o erro de tipo vencível, como bem determina a jurisprudência a seguir:

PENAL. ESTELIONATO. ERRO DE TIPO VENCÍVEL. MODALIDADE CULPOSA DO ART. 171. ABSOLVIÇÃO. – Induzir ou manter alguém em erro é elemento constitutivo do tipo do delito de estelionato. Se a omissão de informação se deu por ignorância quanto à necessidade desta informação, e não para “induzir em erro” o INSS, ocorre erro de tipo vencível, responde o agente pela modalidade culposa. Porém, não existindo modalidade culposa para o delito de estelionato, deve ser mantida a decisão que absolveu os réus. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4, Apelação Criminal ACR 4365 SC 2001.72.02.004365-9)

Assinala-se, a partir de agora, a adoção a esse grupo de entendimento. Concebe-se que é provável averiguar em que época acontecem os deveres jurídicos de comunicar, tendo que se considerar as particularidades do caso concreto, a gravidade da mentira e da obrigação de falar, que interferem na deliberação feita pela vítima e na lógica de interpretação conforme a boa-fé objetiva. A terça colocação, articulada por Fiandaca e Musco (2009), defende que uma omissão não consegue compelir em erro a vítima. Abastadamente demonstrados os tópicos fundamentais e as singularidades das manobras empregadas pelo sujeito ativo do

estelionato, igualmente é necessário introduzir-se na argumentação acerca de suas repercussões, ou consequências, que são impostas à vítima do crime o qual garantirá a disposição do bem.

Temos também que evidenciar, mesmo que do ponto de vista da taxatividade, os artifícios ou ardil esgrimidos pelo autor têm de se encontrar imbricados, inexoravelmente, à gênese de uma circunstância mentirosa. Porém, somente as hipóteses em que uma falsa percepção da realidade ocorre por engano seriam deixadas sob a norma, ou cobririam também os casos em que a contraparte pensa que está sendo iludida? As recentes doutrinas alemã e castelhana destacam que o engodo tem que ser satisfatório, ou seja, que tenha aptidão de convencimento bastante para compenetrar o mártir de que a deliberação está sendo tomada sobre os parâmetros corretos de realidade.

O significado do papel da vítima, bem como a inclinação hermenêutica para o crime de estelionato, entre as principais tipologias expostas no tópico anterior, são decisivos para dar uma resposta a esta pergunta. Se for escolhida uma corrente de maior repressão, a tendência será a de dar um caráter expansivo aos termos e expressões da rubrica, o que acabará implicando na incorporação da dúvida ao erro. A opção por uma corrente menos repressiva e mais restritiva do ponto de vista jurídico tenderá a não incluir automaticamente a dúvida como se ela fosse sinônimo de erro.

Dependendo do acima exposto, o erro que interessa ao estudo de Tovo Loureiro (2014) se conforma desde uma percepção transfigurada do plano fático suporta a realização de uma manifestação de vontade do sujeito passivo, mais especificamente um ato de disposição, que resultará em dano a si mesmo e vantagem indevida para outro, que pode ou não ser o agente causador do engano. Sob o mesmo ponto de vista, é preciso reconhecer que o legislador de 1940 fez um importante avanço técnico na elaboração do tipo penal do estelionato.

No entanto, para Hungria (1934), nosso legislador manteve um defeito: a identificação da fraude penal somente quando o erro da vítima é provocado ou criado pelo agente. A manutenção em erro é uma conduta de desvalorização

equivalente à indução e, de fato, existem limitações aos deveres de informação nos negócios. Assim, o escopo da proteção da regra incriminatória não depende se o agente criou a representação distorcida da realidade para os ofendidos ou apenas a prolongou para o benefício de seu propósito. Ademais, por ser um crime comum, o sujeito ativo do crime de furto pode ser qualquer pessoa, admitindo a possibilidade de concurso de pessoas, aos termos do art. 29 do Código Penal:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este combinadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Fica claro a partir da estrutura típica que a vantagem indevida do tipo pode ser em benefício do próprio perpetrador ou de terceiros. Da mesma maneira, deve-se observar que o patrimônio não será necessariamente da mesma pessoa que foi mantida ou enganada: a vítima é aquela que sofre a diminuição patrimonial, não necessariamente aquela a quem o artifício ou o ardil foi dirigido. Com relação à capacidade cognitiva da vítima, deve o sujeito passivo seja capaz de expressar uma vontade livre e válida para que o crime esteja sujeito ao art. 171 do Código Penal.

4 DIREITO CONTRATUAL

O núcleo da investigação sobre o estelionato está limitado ao direito penal, apesar da particular transversalidade dos ramos do direito, na qual as dimensões do privado também convergem. Agora, portanto, pretende-se apreciar a evolução do negócio jurídico, mas principalmente no que diz respeito ao exercício da liberdade contratual e da boa-fé. O contrato pode ser entendido, aos termos de Tovo Loureiro (2014), como um acordo entre duas ou mais pessoas, capaz de gerar deveres e direitos nessa relação particular, que podem ser coercivamente exigidos de sua execução.

O raciocínio de Weber (2002 apud TOVO LOUREIRO, 2014) é interessante ao antecipar, no início do século XX, o fenômeno atualmente bem estudado das relações sociais baseadas em interesses econômicos. Para ele, a peculiaridade material essencial da vida jurídica moderna, especialmente a vida privada, é, ao contrário da antiga, a enorme importância adquirida pela transação legal e, sobretudo, pelo contrato, como fonte de reclamações coercivamente garantidas. Sobre a formação do contrato, em razão de sua natureza extremamente complexa, e de sua sofisticação dogmático, o legislador do Código Civil de 2002 evitou elaborar um conceito de contrato, uma tarefa que permaneceu a cargo da doutrina. Para Pereira, o contrato é um acordo de vontades, de acordo com a lei, e com a finalidade de adquirir, proteger, transferir, preservar, modificar ou extinguir direitos. No contrato, os contratantes sempre manifestam a vontade de agir com vistas a produzir um determinado resultado de interesse comum para as partes do contrato.

4.1 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei n.º 10.406) foi construído com base nos princípios da socialidade, ética e operacionalidade, inspirado no culturalismo de Miguel Reale, bem como no princípio da sistemática, que exige que todas as regras que compõem o sistema se comuniquem e se alimentem. Assim, a codificação atual,

enriquecida em sua estrutura com princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, revela a intenção legislativa de buscar um sistema aberto.

Entre os princípios que alimentam o sistema de codificação de 2002 está o da boa-fé objetiva, que está consagrado no artigo 422 do diploma acima. A boa-fé contratual não consiste em um estado de ignorância, mas aborda uma atitude ativa e cooperativa, necessária para satisfazer as expectativas dos outros através de atitudes positivas próprias. No Brasil, a primeira referência legislativa à boa-fé foi feita no artigo 131 do Código Comercial de 1850.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

Entende-se que a boa-fé objetiva impõe aos contratantes uma ação correta e leal, ou seja, uma ação correta é exigida, com boa-fé por parte dos contratantes quando, ao negociar, eles exercem sua autonomia privada. Por um lado, portanto, quando se trata de controlar os efeitos dos contratos, incluindo sua eficácia em relação a terceiros, o exercício da autonomia privada deve concordar com a função social do pacto. Existem, portanto, conjecturas nas quais um reclama de qualquer dos assuntos "mostrando as cartas", na medida em que o "jogo encoberto" leva com probabilidade a uma perda do outro.

Neste sentido, observa-se a importância do princípio da boa-fé para uma concepção moderna dos contratos, pois, boa-fé objetiva e autonomia da vontade são princípios que se complementam e permitem que o Direito Contratual possa oferecer

respostas aos desejos das pessoas, na medida em que procuram exercer sua liberdade, mas, em simultâneo, também exigem alguma proteção às justas expectativas que têm. Para além de ter uma função integradora, fazendo recair deveres de conduta sobre o contrato, a boa-fé objetiva também exerce uma função que limita o exercício abusivo dos direitos subjetivos.

4.2 A FORMAÇÃO DO CONTRATO

Para Carlos Roberto Gonçalves (2006), tomando o contrato como a união de duas manifestações de vontade, a proposta e a aceitação, pode-se dizer que a primeira inicia a formação do contrato, e, de forma genérica, não depende de forma especial. Entretanto, os contratos não consistem, em sua totalidade, apenas destas duas fases; eles geralmente têm um momento prévio de diálogo, chamado de negociação preliminar. As negociações preliminares são a gênese, segundo Carneiro da Frada (1994), que culminará na conclusão do contrato, seja por acordo entre as partes - nos contratos consensuais - , seja pela entrega da coisa - nos contratos reais.

O início das negociações preliminares, em uma primeira abordagem, pode consistir em um pedido de cotação, consulta sobre o preço de um serviço ou qualquer comportamento indicativo do interesse após um contrato. A proposta deve ser diferenciada das negociações preliminares: as negociações são atos destinados a analisar a viabilidade do contrato, enquanto a proposta é a exteriorização da minuta do contrato, a manifestação de uma vontade definida em todos os seus termos, dependendo apenas do acordo da parte contrária para o aperfeiçoamento do contrato (GARCIA, 2003).

Para o Pereira (apud TOVO LOUREIRO, 2014), as negociações preliminares não envolvem compromissos, nem geram obrigações para as partes interessadas, o contrato preliminar já é positivo no sentido de que o contrato futuro precisa ser acordado por ambas as partes. Como regra, as negociações preliminares não são vinculativas, sejam elas, orais ou por escrito, pois é inerente ao princípio da liberdade contratual que os indivíduos tenham a autonomia para optar pela

contratação, sem que o negativo estabeleça a obrigação de indenizar em favor do outro comerciante.

De acordo com o art. 422 do Código Civil, os contratantes são obrigados a manter, na celebração do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. De fato, como o contrato está em conformidade com duas manifestações voluntárias, obviamente estas não ocorrem no mesmo momento, mas de forma sucessiva. Gomes(2008) afirma que a declaração inicial, que visa levantar o contrato, é chamada de proposta ou oferta. Na teoria clássica, a proposta foi o primeiro elemento da relação contratual e, por ser um ato que requer a manifestação da outra parte, produz seus próprios efeitos legais. Sobre a formação dos contratos, narra o Diploma Civil:

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. (BRASIL)

De acordo com estas disposições, a oferta será obrigatória: a) se contiver cláusulas expressas que removam sua força vinculante; b) se, devido à natureza do negócio, a oferta for sempre considerada aberta; c) quando ocorrerem circunstâncias peculiares que acabam por desobrigar o proponente. Nos casos de ofertas ao público, regidas pelo artigo 429 do Código Civil, sua retirada injustificada pode dar origem, como alternativa à compensação por perdas e danos, à exigência de cumprimento forçado da obrigação proposta ou à aceitação de outro produto, ou serviço equivalente. Aos termos da lei: “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.” (BRASIL, 2002)

A proposta ou oferta, é, desta forma, a declaração de recebimento pela qual alguém efetivamente encaminha a vontade declarada para outra pessoa, com a intenção de assinar um contrato. Quando se trata de formas, não há necessidade de falar de proposta silenciosa ou de silêncio para proposta. Isoladamente, a essa e a aceitação são transações legais unilaterais. De fato, ensina Chaves (1997) que a proposta é um negócio legal, enquanto as negociações preliminares não são.

Como o Roppo (2009, apud TOVO LOUREIRO, 2014) afirma, o contrato resulta da reunião ou fusão da vontade das partes. Finalmente, a aceitação é a última declaração comercial necessária para a conclusão do contrato. Em princípio, é necessária uma coincidência total entre as declarações para a formação do contrato. O problema ocorre quando o contrato é concluído entre os ausentes, onde a resposta leva algum tempo para chegar ao proponente. No campo contratual, há um esclarecimento da terminologia que deve ser feito inicialmente: as expressões autonomia da vontade e autonomia privada não são sinônimos.

De fato, o contrato atinge a liberdade de autodeterminação da pessoa através do estatuto de consequências legais, de acordo com a lição de Carneiro da Frada. Também deve-se notar que o conceito de autonomia dos particulares dentro das relações privadas são instituições seculares profundamente transformadas por sua criação. No auge do capitalismo pré-industrial, o paradigma dominante era que no espaço privado haveria relações entre partes iguais, que teriam que gozar de total autonomia para regular seus interesses. A complexidade das ligações sócio-econômicas no mundo contemporâneo tem gradualmente superado o conceito de autonomia privada irrestrita.

O simples serviço que os pactos devem ser respeitados, elogiado no período liberal-burguês, não é mais suficiente para dar pleno efeito aos ditames contratuais; o objeto da pactuação deve também visar a harmonia com a função social que ela deve desempenhar. É uma lição de direito civil que o adágio precário se refira ao poder vinculante dos contratos, à sua validade. Atualmente, com o advento da necessidade de uma leitura constitucional de todos os ramos do direito, incluindo o privado, o princípio dos contratos compulsórios é relativizado.

A teoria da imprevisibilidade consagrada em nosso Código Civil está enraizada na cláusula “rebus ‘sic’ stantibus”, que literalmente significa “enquanto as coisas permanecerem assim” o contrato será cumprido. A economia atual é caracterizada pela profusão de empresas, pessoas físicas e jurídicas e, é claro, os contratos tendem a revelar mais disparidades. Em vista disso, é importante reconhecer que quanto mais liberdade e igualdade substancial for sacrificada, maior será o grau de proteção exercido pelo Estado em seus deveres gerais e específicos de proteção, agindo positivamente para compensar as desigualdades através da intervenção na área da autonomia privada e da liberdade contratual (SARLET, 2000).

Segue-se que a autonomia privada está intimamente ligada à liberdade contratual, na medida em que cabe a esta última determinar os limites do conteúdo do acordo. Com relação a possíveis flutuações no contexto contextual, Martins-Costa (apud TOVO LOUREIRO, 2014) afirma que, ao contrário do passado, o contrato, instrumento por excelência da relação de vinculação e veículo legal das operações econômicas para a circulação da riqueza, não é mais visto de uma perspectiva informada exclusivamente pelo dogma da autonomia da vontade.

4.3 CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DO DOLO NO DIREITO CIVIL

A questão da atribuição de contratos a partir de sua contaminação por interesses ilícitos é um assunto tradicional no Direito Privado, conforme TOVO LOUREIRO (2014) é tradicionalmente tratado sob o nome de dolo. Contudo, não é nenhuma distorção da realidade que caracteriza a malícia, dando lugar à possibilidade de anulação do negócio jurídico. Quanto ao momento em que ocorre a indução maliciosa da declaração de vontade, há uma distinção simples, mas importante: a malícia pode ser antes ou depois do contrato.

Sobre a profundidade do engano no pacto estabelecido, é considerado como engano principal aquela indução em erro sobre o elemento central do contrato, especialmente a respeito de seu objeto. De outra banda, a intenção incidental tangencia o objeto do contrato. Uma interpretação por exclusão permite a conclusão

de que os casos de intenção principal seriam passíveis de anulação e, pelo menos no nível teórico, é possível elucidar que uma ação penal que se concentre em negócios jurídicos pode caracterizar tanto a intenção accidental quanto o objetivo principal.

No Direito Privado, a malícia pode ter modalidades omissivas ou comissivas, mas deve-se observar que a mera existência do dever de informar não é suficiente para fornecer o dever conexo da contraparte de se informar. A doutrina civilista estabelece que existe um parâmetro esperado da pessoa que se envolve em negociações com o objetivo de dirigir um determinado negócio jurídico. Assim, a inatividade da parte não desculpa o cumprimento dos deveres legais e/ou contratuais de auto-informação. O dever de auto-informação tem especial relevância em grandes fusões e incorporações corporativas, bem como nos casos em que há uma transferência de ações de uma empresa de médio a grande porte.

Como já mencionado, a intenção informativa pode ser demonstrada de forma ativa ou omissa. A intenção informativa ativa é aquela que é incorporada quando o agente apresenta informações mendazes capazes de deturpar a declaração de vontade. É interessante observar que a regra da malícia na legislação civil se assemelha, mantendo as proporções, na estrutura de tipificação do estelionato na legislação penal. A opção do modelo legal de intenção aberta, seja pelas hipóteses oportunas, seja pelas sanções legais, parece partir da consciência do legislador de que o mundo econômico tem uma gama muito mais ampla de alternativas do que aquelas que podem ser encerradas em regras. Por fim, certamente, nem todas as mentiras e enganos são capazes de materializar o dolo.

5 LIMITES ENTRE FRAUDE CIVIL E CRIMINAL

Como é incitado a toda atividade humana, o acordo que visa a circulação de bens, serviços ou mercadorias está sujeito a um certo grau de astúcia, ou mesmo malícia, daqueles que compõem os polos contratuais. A prática judicial nos permite verificar que, em várias oportunidades, a vítima de estelionato tem a convicção de que está obtendo grande vantagem sobre o sujeito ativo do crime. Para Mantovani, a fraude é um crime cada vez mais comum na vida moderna, aumentando na proporção do comércio e do refinamento do instinto financeiro-predatório humano; é praticado por indivíduos adultos; e encontra vítimas naturais em sujeitos que não são suficientemente astuciosos e vigilantes, sejam gananciosos ou pessoas em situação de penúria.

Conforme Tovo (2004), o mercado econômico aceita que os negociantes sejam investidos com o ânimo para obter a máxima vantagem do negócio legal acordado, de modo que a malícia mencionada às vezes estará no uso estratégico de uma posição privilegiada. A doutrina, para Hungria (1985), geralmente menciona três possíveis graduações em relação ao humor malicioso das partes contratantes. O primeiro e mais leve grau identificaria a inteligência inerente ao mundo dos negócios, que não tem relevância legal. Em segundo lugar, identifica uma ação que viola obrigações contratuais, sintetizada por uma boa-fé objetiva; nesta hipótese, o ânimo astuto leva a um delito civil, com consequências diferentes dependendo do dever violado.

Finalmente, o terceiro nível seria de uma vontade intencional que, além de violar deveres contratuais, é transsubstancial em um truque capaz de envolver a contraparte na negociação que permite um enriquecimento indevido. Com fundamento nestas diversas vertentes, não seria correto dizer que qualquer tratamento malicioso atrai a incidência da infração. Da lista de um dos criminalistas que mais se aprofundou no debate sobre este crime no país, Hungria afirma que existe uma identidade perfeita, nas formas e propósitos, entre a fraude que integra o estelionato e a malícia que estraga contratos de natureza econômica.

O argumento é prosseguido pelo escritor, propondo o debate sobre a existência de uma correlação entre ofensas criminais e civis. O debate seria a seguinte pergunta: existe uma maneira de definir antecipadamente se um determinado comportamento resultará em nulidade contratual ou em estelionato? A resposta mais apropriada tende a ser não. O mesmo autor argumentou que a fraude criminal ocorreria quando o perpetrador tivesse enganado acerca de elemento substancial do contrato, ou o próprio objeto; já a fraude civil ocorreria quando o engano caísse em pontos periféricos do contrato.

A lição de Hungria (1955) é aprovada quando afirma que, no rigor da lei, a fraude criminal é irrefutavelmente confundida com a fraude civil. É somente do ponto de vista do compromisso e do oportunismo da política criminal que se tem ou deve fazer uma distinção. Magalhães Noronha (1980), no que lhe concerne, resume a dificuldade de definir os limites entre fraude civil e criminal, entre as quais não parece haver uma diferença ontológica, afirmado que o critério para distinguir fraude criminal de civil será a diferenciação feita pelo juiz - à luz do caso específico - uma vez que não há nenhum critério científico geral e abstrato aplicável, aos termos de Tovo Loureiro (2014) e à luz da jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. FRAUDE CIVIL E FRAUDE PENAL. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes). II - Ontologicamente não há qualquer distinção entre a fraude civil e a fraude penal, é dizer, uma e outra estão reunidas num mesmo conceito: utilização de meio fraudulentos para a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Não há por assim dizer, diferenças estruturais entre a lesão patrimonial per fraudem realizada quer na esfera civil, quer na esfera penal. A fraude é uma só! III - Na hipótese, a simples existência de um contrato de compra e venda entre o paciente e a suposta vítima não afasta a possibilidade de ocorrência do delito de estelionato. É que, não raro, o contrato se presta para a prática do delito. Com efeito, há casos em que o inadimplemento contratual é o efeito de um pré-constituído propósito fraudulento, onde o contrato nada mais é do que o meio utilizado pelo agente para induzir a vítima em erro e obter vantagem ilícita em prejuízo de seu patrimônio. IV - A exordial acusatória atacada no presente mandamus preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que descreve de forma suficiente a conduta delitiva, com as suas respectivas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do

ilícito penal e o rol de testemunhas, não se vislumbrando qualquer prejuízo à defesa. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2007)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vai mais além e comprehende pela ausência de uma diferença essencial entre as fraudes:

FRAUDE CIVIL E PENAL. INDIFERENÇA. HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DO CRIME DE ESTELIONATO. Não existe diferença entre a fraude civil e a fraude penal. Só há uma fraude. Trata-se de uma questão de qualidade ou grau, determinado pelas circunstâncias da situação concreta. Elas que determinaram, se o ato do agente não passou de apenas um mau negócio ou se neles estão presentes os requisitos do estelionato, caso em que o fato será punível penalmente. Na hipótese em julgamento, a ação do apelante, como afirmou a Magistrado, não se caracterizou no delito de estelionato: Em tendo, pois, o denunciado celebrado contrato de empreitada com a vítima e em tendo ele, nesse afã, edificado boa parte da casa, não há falar em estelionato, pois que, se quisesse mesmo ludibriar a vítima, o acusado nem sequer teria dado início à obra. Descumprindo, portanto, parte da avença, o réu cometeu indubitável ilícito contratual, passível da competente reparação de danos na esfera cível, mas não estelionato, até porque ausente o dolo e específico do crime. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL, 2005)

Outro elemento relevante para o exame crítico da jurisprudência sobre estelionato de contrato é a chamada intenção anterior. No caso a ser exposto, a 16.^a Câmara de Direito Penal do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a intenção do réu foi provada (SÃO PAULO, 2013).

O conteúdo completo da sentença reconta a situação de fato da vítima que procurou o réu Nélson para regularizar sua propriedade, localizada na cidade de Diadema, que foi objeto de divisão após o divórcio. Quando a vítima o procurou para saber o andamento, Nélson sempre apresentou respostas evasivas, alegando repetidamente que faltavam documentos. Em sua defesa, Nélson argumentou que se tratava de uma mera quebra de contrato. A análise da narrativa do julgamento nos permite concluir que a decisão foi correta, pois permanece claro que Nélson nunca pretendeu proceder com a emissão do ato ilícito.

A necessidade de um engano anterior para fundamentar a administração do imóvel também é afirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Esta decisão foi proferida em recurso pelo Ministério Público, que procurou anular a decisão de primeira instância que absolveu o acusado. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia não aceitou o recurso ministerial, considerando que

o acusado não estava coberto com o elemento subjetivo necessário para tornar sua conduta típica. Os membros da Câmara Criminal concordaram que a presença do elemento subjetivo (malícia) é necessário desde o início.(BAHIA, 2012).

Então, como a disciplina da teoria contratual pode servir ao exame do estelionato contratual? Os pressupostos formulados, profundamente introduzidos no Direito Privado, são de grande valor para orientar a resolução de casos concretos - o objetivo final da dogmática. De fato, sem a pretensão de esgotar os vetores de interpretação contratual, que, como já foi dito, seriam inviáveis, no âmbito teórico, alguns lineamentos de critérios de aplicação são apontados. Começa Tovo, em ordem de relevância, com uma boa-fé objetiva.

A título de exemplo, o dever de esclarecimento e sua expressão nos contratos pode ser retomado, por outro lado, quando a posse dos dados imanentes ao contrato é com uma das partes, e não é facilmente alcançada pela diligência da contraparte, sua camuflagem, distorção ou omissão causará a violação do dever interpartidário fundamental. Assim, o papel da boa-fé na composição da figura criminosa merece atenção, apesar da constatação de um delito civil, no nível contratual, não assumir o contorno automático de delito criminal.

Relacionado ao princípio da boa-fé, outro aspecto da teoria contratual para auxiliar a investigação de fraudes é a malícia, incluindo fraudes accidentais, mesmo que de menor magnitude, uma vez que afeta uma determinada fração do pacto firmado, esta fração pode ser adequada para fins criminais. Deve-se notar também, por mais redundante que possa parecer, que não há obstáculo para que a mesma conduta receba tanto sanções civis quanto penais. Com relação à fraude, um problema recorrente é quando se investiga os limites entre o direito civil e penal: a possibilidade de punir quando a atividade subjacente à fraude é ilegal.

O problema pode ser visto mais facilmente a partir de uma situação hipotética: pense em uma pessoa que se apresenta a alguém que precisa de um transplante de órgão, afirma ter um órgão compatível com o doador e que o transmitirá à pessoa necessitada, recebendo uma certa quantia de dinheiro, porém some com o dinheiro. Sabemos que a lei brasileira veda a comercialização de órgãos, então, se o lesado

entrasse no tribunal civil contra àquele que prometeu, com a intenção de incitá-lo a realizar sua parte nas negociações, sua ação não seria conhecida, devido à sua impossibilidade legal.

Hungria (1955), que coloca seu argumento sobre ausência de antijuridicidade em duas bases principais. A primeira é que o direito penal não deve intervir nos processos em que o direito civil se nega a interferir. A segunda, de caráter moral, argumenta que não há violação do sistema legal - quando o interesse individual lesado estava envolvido em ilegalidade ou imoralidade. A tese de afastamento da antijuridicidade em razão da torpeza bilateral rendeu pouca produção de decisões, a saber:

Estelionato. Não Impede a sua configuração a Conduta Ilícita ou imoral da vítima (Torpeza Bilateral). Emissão de cheque, sem fundos, em pagamento de dívida de jogo pode constituir crime de estelionato. O artigo 1477 do código civil, embora disponha que as dívidas de jogo não obrigam a pagamento, todavia acrescenta: "mas não se poderá recobrar a quantia que voluntariamente se pagou". assim, embora o cheque seja dado pro solvendo e não pro soluto, força, força é reconhecer que, se o réu tivesse provisão de fundos, o cheque teria sido recebido e o réu não teria ação para recobrar a respectiva importância. logo, não há negar que, na espécie, a emissão do cheque sem fundos importou para a vítima um dano patrimonial (STF - HC 33.015).

Além deste precedente, a questão da torpeza bilateral como uma exclusão da excludente nunca prosperou nos tribunais. Para Anderson Teixeira (2010), significando como fato típico, antijurídico e punível um estelionato praticado com torpidez bilateral, o Estado valoriza mais a propriedade da vítima - a qual ela mesma desprezou - ao próprio sistema jurídico, pois reconhece como existente e passível de ter efeito - ou seja, um ato válido, portanto - um empreendimento que o Código Civil expressamente declara não ser válido, uma vez que o objeto era ilegal.

No que diz respeito ao entendimento do contrário, a tese da eliminação da tipicidade e antijuridicidade devido à torpidez da vítima não tem nenhum apoio jurídico-criminal. Uma dessas suposições, como dito anteriormente, associa a repreensão criminal com o reconhecimento da validade da atividade legal, o que é falso. O outro fundamento da corrente que postula a adoção de torpidez bilateral

reside na má-fé dos ofendidos. Por outro lado, as contribuições dos estudos vitimodogmáticos podem renovar a discussão sobre a torpidez bilateral.

Conforme Schunemann (2006), a lei penal - com um pequeno atraso - tirou consequências políticas dessas situações e doutrina de orientação à vítima, tem-se perguntado desde o início dos anos 80 se o reconhecimento das responsabilidades da vítima poderia ser uma forma conveniente de restringir a noção do crime. Sem demora, a vitimodogmática defende uma forma de renovar a visão da intervenção criminal, visualizando situações em que o mártir teria responsabilidades e não apenas direitos. O atual tipo jurídico penal, diferente do Código precedente, não inclui no texto típico a necessidade de boa-fé das vítimas.

Assim, uma das soluções propostas é considerar o crime cometido contra uma vítima de um negócio ilícito como um crime incompleto, tentativa de delito. Tovo Loureiro (2014) deixa claras as repercussões do conceito de infração e bem jurídico que são tomados como pressupostos: do paradigma do estelionato como iniquidade pluri ofensiva, mesmo que a pessoa ofendida entregue seu patrimônio para que seu agressor possa tomá-lo, persiste a nocividade da conduta dirigida à confiança, também bem jurídico. Uma solução distinta, mas também possível, está ligada à dosimetria do estelionato sobre o objeto ilícito. Assim, Tovo Loureiro (2014) discorda daqueles que sugerem a exclusão da tipicidade e antijuridicidade do estelionato quando o objeto em questão reside em fato proibido.

5.1 UTILIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE ESTELIONATO COMUM E ESTELIONATO CONTRATUAL

Aponta Tovo Loureiro (2014), que o estelionato contratual é caracterizado por uma instrumentalidade executiva consubstanciada pela introdução da fraude como elemento indelével da relação pré-contratual. Deve salientar-se que esta noção se destina a fixar parâmetros de aplicação, que devem ser utilizados pelos operadores como uma orientação interpretativa. Para Sammarco, se o perpetrador escolher a forma contratual no contexto da negociação, há certamente muitas formas de

persuadir o contribuinte a dar o seu consentimento e assim dispor contratualmente dos seus bens, mas o engano, em tais casos, terá de ser inserido e esquematizar-se de acordo com limites operacionais precisos.

Esse modo de estelionato, embora pouco desenvolvido no Brasil, não é novo nos países que partilham o sistema jurídico romano-germânico. Este conceito materializar-se-ia a partir dos seguintes requisitos estabelecidos pela jurisprudência: o engano típico deriva da conduta do agente, que simula a intenção real de contratar, quando ele quer aproveitar-se das prestações a que a outra parte está obrigada. A Suprema Corte Espanhola traz-nos alguns esclarecimentos. Quanto ao elemento subjetivo, o Tribunal, na sua proposta de resolução n.º 2345/2 012 190 de relatório de Menendez de Luarca, explicou que a existência ou não da intenção anterior do agente que pratica o estelionato não é estabelecida por provas diretas, mas, sendo um "fato de consciência", um "fato subjetivo", é necessário recorrer a um julgamento de inferência para afirmar a sua presença, com base num raciocínio indutivo construído sobre dados fáticos comprovados.

Para o ministro, em qualquer caso, embora a distinção entre o fatual e o legal, especialmente em relação a estes elementos subjetivos, nem sempre seja fácil, a determinação da concordância dos elementos legais não é uma questão de prova, mas de subsunção. No que diz respeito ao contrato como instrumento de fraude, o Tribunal entende que, nas transações legais que foram penalizadas, o contrato é mesmo um instrumento de dissimulação, dissimulação, fingimento e fraude, reinando o agente em confiança e boa-fé no estabelecimento ou conclusão de contratos lícitos, num espírito claro e definitivo do começo de não execução pelo infractor.

Um caso específico julgado pela mesma corte em 17 de outubro de 2013 fornece os pontos altos da concepção da figura criminosa, pelo ser narrado: Daniel e Juan Enrique assinaram então um contrato que denominaram "Joint Venture"; de acordo com os termos acordados, o intermediário comprometeu-se a levar a cabo todas as medidas para atingir o objectivo desejado e a contraparte accordou em adiantar o montante de \$1 milhão para reembolsar os custos de gerenciamento até à

sua obtenção. O Tribunal Penal espanhol deduziu que o Juan Henrique, alegado fugitivo nunca quis ajudar o seu companheiro no contrato; a sua intenção era enganar a vítima desde o início dos acordos comerciais.

O Tribunal confirmou a condenação proferida pelo tribunal anterior, porque percebeu que a hipótese factual foi modificada precisamente para o crime de fraude, que está incluído no artigo 248 do Código Penal espanhol. Aquele tribunal, através das suas decisões, mostra que, também em Espanha, existe a preocupação de diferenciar a infracção penal e a infracção que permanece confinada à esfera civil. Outro caso, do mesmo país é a sentença ditada pelo Relator Antônio Del Moral Garcia, no Apelo de Cassação n.º 1159/2012, que identifica a intencionalidade anterior como o fator de diferenciação entre a ilegalidade civil e criminal.

Para Garcia (ESPAÑA, 2012) também há intenção fraudulenta quando o negócio é realizado com o objetivo de se cumprir apenas se as condições necessárias forem cumpridas, mas assumindo e consentindo a elevada probabilidade de isso não acontecer e, transmitindo o risco à vítima. No que diz respeito ao engano, a jurisprudência espanhola defende que quando a razão do erro do agente passivo se deve mais a uma falta de diligência em informar-se sobre as condições e a finalidade do contrato do que à manobra de engano empregada pelo agente, o delito de estelionato não existe.

Tovo Loureiro (2014) traz que as últimas tendências da vítima dogmática já foram incorporadas na prática judicial do Supremo Tribunal espanhol, particularmente no que diz respeito à necessidade de intervenção criminal. No final, o que é necessário é que o engano seja suficiente e proporcional para atingir os objetivos prosseguidos, e a sua adequação deve ser avaliada à luz tanto dos fatores objetivos como das condições do contribuinte, que desconhece ou tem um conhecimento distorcido da realidade por ser leigo, ou por elemento psicológico, intelectual e fraudulento do esquema, que é composto por uma série de maquinações insidiosas através das quais o agente afirma ter poder, influência ou supostas qualidades, ou parecer possuir propriedade ou crédito, ou utilize qualquer outro truque que traga para si autoridade suficiente com o intuito de, nas relações

sociais ou comerciais, passe como pessoa cumpridora de seus compromissos, como incentivo para fraudar a transferência de bens.

Para o Tribunal espanhol, a proteção penal, no que diz respeito aos crimes contra a propriedade, em particular o crime de estelionato, só deve abranger as situações em que a ação da vítima tenha excedido os mecanismos de defesa de que dispõe o proprietário do bem ou bens infringidos. Dos acórdãos trazidos resulta claro que a escolha do critério da adequação social do engano exclui a necessidade de fazer novas avaliações da possibilidade de evitar o erro.

Também do ponto de vista da imputação objetiva, o Supremo Tribunal espanhol considera que, quando os deveres de autocontrole são violados, o dano pecuniário não é objetivamente atribuível à ação do enganado, ainda que o erro possa ser a causa - no sentido da teoria da equivalência das condições - do dano pecuniário. Em conclusão, é de se notar que, a lei espanhola é frequentemente complacente, propondo que não deve haver proteção negativa de um movimento para culpar a vítima com alegações abusivas de autoproteção. Isto resultaria na exclusão da aplicação do tipo penal, uma vez que o indivíduo que tem um elevado grau de autodefesa dificilmente será vítima.

5.2 A CONTRIBUIÇÃO ITALIANA

O nome “truffa contrattuale” surgiu em meados da década de 1960 entre os doutrinadores italianos. Procurando decisões representativas dos tribunais italianos, Tovo Loureiro (2014) percebeu que existe uma distância diametral de estilo em relação aos pares ibéricos. Dos tribunais, há um que dá um quadro mais amplo da conduta, afirmando que o acto de disposição dos bens, como elemento constituinte da espécie incriminatória, consiste num acto voluntário, causando um benefício indevido como resultado de danos auto-induzidos e erradamente induzidos artificialmente.

O dever contratual de esclarecimento, que emana da boa fé objetiva, já foi abordado pelo Tribunal de Cassação italiano em caso de estelionato. O mesmo

tribunal considerou a “trufa contratual” aperfeiçoada pela conduta do contratante vendedor, que, durante a transação de compra e venda de um determinado bem, conscientemente não informou o comprador da existência de um contrato de venda anterior do mesmo bem a favor de terceiros.

Directamente relacionado com o dever de esclarecimento está o papel do silêncio no tipo do estelionato, como se pode ver na interpretação judicial italiana: O Tribunal Penal de Cassação considerou que os artifícios e truques exigidos pelo crime de “truffa contrattuale” poderiam ser materializados mesmo pelo silêncio da parte que tem o dever de informar sobre alguma circunstância. Contudo, há uma clara distinção nas posições dos juízes italianos em relação aos seus pares ibéricos: os italianos têm uma muito mais parcialidade que os espanhóis (TOVO LOUREIRO, 2014).

A seleção de temas relacionados com o estelionato contratual na experiência judicial espanhola e italiana mostra a atualidade da discussão em Direito Comparado, livrando-se, obviamente, de qualquer subordinação doutrinal à produção europeia. Pode-se observar que os julgamentos dos tribunais europeus suscitam debates interessantes sobre o “truffa contrattuale”, ou negócio civil criminalizado, que servem para instigar o aprofundamento da categoria no sistema penal brasileiro. Quanto ao modelo genérico de estelionato formulado pelo Código Penal, este visava a objetividade jurídica plural, remando contra a corrente da doutrina maioritária e das decisões judiciais. Contudo, o caráter plurifensivo da linha criminosa foi defendido devido à sobreposição de outro bem jurídico que atrai a proteção da norma incriminatória: a confiança. (TOVO LOUREIRO, 2014)

Este elemento colateral sobe para níveis mais elevados quando transposto para o contexto do mundo empresarial. Há um exemplo prático que pode ser apontado para realçar a substância do que está a ser dito. Algumas plataformas de compras oferecem seções onde os consumidores podem trocar experiências, registar comentários, avaliações e até reclamações sobre os produtos adquiridos e a sobre a própria empresa. Por outro lado, uma avaliação negativa pode minar a credibilidade de um serviço ou produto. Isso ocorre, pois, as pessoas confiam nos demais consumidores.

Este ponto é essencial para compreender o papel da confiança como um bem jurídico digno de tutela na gestão contratual, juntamente com a propriedade. Choclán Montalvo opõe-se a esta versão, devido à imprecisão de dar uma dimensão coletiva ao estelionato; embora respeitável, Tovo Loureiro (2014) difere deste ponto de vista. Apesar de ser discutível um ponto de vista político-criminoso, um dos objetivos do sistema punitivo é evitar a repetição de condutas semelhantes de tipificação de práticas socialmente indesejáveis.

Assim, a ocorrência de um crime contra a vida numa comunidade pode sim aumentar o sentimento de insegurança e o medo pela própria vida das pessoas que nela vivem, mas no que diz respeito ao estelionato, a sua prática contra uma pessoa ofendida apenas afeta bens individuais. Por conseguinte, não é enfurecedor listar a confiança como um bem jurídico afetado juntamente com o patrimônio como resultado de uma prática criminosa (TOVO LOUREIRO, 2014).

Deve notar-se que não há impedimento para considerar o abuso de confiança como uma circunstância que irá causar o agravamento da sanção imposta em alguns crimes contra a propriedade. De fato, a modificação dos cenários macro e microeconômicos pode influenciar a sedimentação e reformulação da propriedade no direito penal. O engano, independentemente de ser materializado através de artifícios ou não, refletir-se-á no ato de vontade da parte ofendida. Para Tovo Loureiro (2014), Sammarco tinha razão quando desvendou a concepção comumente proclamada de estelionato contratual, segundo a qual, no modo criminoso, o contrato seria o instrumento de indução ao erro, quando, na realidade, o artifício/articulação está concentrado principalmente no momento formativo da relação.

Portanto, com o objetivo de traçar as fronteiras do estelionato contratual no sistema jurídico-criminal do nosso país, aquele pode ser definido como uma operação entre partes de uma transação legal com a aparência de legitimidade, que está, no entanto, viciada por ilegalidade, uma vez que está impregnada de um erro em que a parte ofendida não conhecia quando deu o seu consentimento. O projeto de conduta sugere que não é necessário alterar o atual artigo 171 do Código Penal a

fim de o aplicar na prática judicial, uma vez que os ditames dessa disposição permitem a subsunção da subespécie do grupo de negociação à regra incriminatória.

O paradigma de uma lei penal de extrema proporção nem sempre permite que o ofendido seja encarado como um indivíduo incapaz de delineiar reações de autodefesa, tornando-se, como já foi dito, o juiz um super protetor daqueles que têm obrigações de precaução. A este respeito, o postulado de boa fé objetiva desempenha um papel fundamental no exame da transação legal subjacente. De fato, aqui está a linha mestra que a assimilação da administração contratual no corpo dogmático do Direito Penal brasileiro deve seguir: Abordar o modelo legal de estelionato contratual é entrar em uma fronteira entre as infracções civis e penais, ou seja, numa zona cinzenta entre as diferentes ramificações legais.

Portanto, o exercício de tentar localizar o limite entre a ilegalidade civil e criminal, é um caminho percorrido por vários juristas das mais diferentes escolas e campos. Haverá uma distinção entre a intenção civil e a criminal, especialmente no motor subjetivo que impulsiona a prática do crime. Assim, a distinção entre ambas deve ser suficientemente enganadora, de acordo com a expressão cunhada pelos criminalistas espanhóis, para poder ultrapassar as barreiras da proteção das vítimas e provocar o ato de disposição dos bens. O exame do elemento subjetivo, no qual o conteúdo da intenção desempenha um papel, é normalmente entendido como a consciência e a vontade dirigidas para a realização dos elementos do tipo objetivo (TOVO LOUREIRO, 2014).

Nestas premissas, levanta-se a questão de saber se a intenção do agente de estelionato contratual é uma intenção de causar danos a terceiros, ou se é simplesmente uma intenção de obter um benefício econômico. O estelionatário pretende ocultar a representação da realidade da vítima, comportamento do qual será obtida uma vantagem ilícita. Para Tovo (2014), Mantovani converge para esta posição, afirmando que é suficiente configurar a fraude genérica, que se moldará no plano para enganar o sujeito passivo e, portanto, incitá-lo a causar a si próprio prejuízos financeiros por meio de disposição; existe, portanto, um caráter de engano e de obtenção de benefício econômico na intenção do sujeito ativo.

Neste ponto, difere da ponderação de Choclán Montalvo, segundo a qual o propósito de enganar outra pessoa seria suficiente para caracterizar o estelionato. A conduta do sujeito ativo pode viciar a vontade do contratante ao formular uma proposta que parece vantajosa, na qual é declarada a intenção comercial e é demonstrada a adesão a certas condições. Outra questão que merece destaque nas decisões tomadas com freqüência razoável, quando se trata da manifestação típica de estelionato contratual, é a ação fraudulenta. Ao contrário do que tem sido visto em casos de malícia , em alguns julgamentos o ponto central é a presença das circunstâncias regulatórias elementares do ambiente.

Para a análise deste elemento, Tovo Loureiro (2014) se baseia em decisão do Superior Tribunal de Justiça: Em resumo, a acusação alegou que o réu, um advogado, obteve uma vantagem ilegal no valor de R 5.591,00, em detrimento da vítima, induzindo-a ao engano. O que emerge do arquivo é que o pagamento foi feito e os serviços foram prestados parcialmente, mas não finalizados. Com base no exame realizado, conclui-se que a posição da Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça de que não houve fraude é correta. (RHC 21.359/SP, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/02/2008, DJe 19/05/2008.)

Em outro julgamento que abordou a questão com mais detalhes, a Oitava Câmara do Tribunal Penal do Estado do Rio Grande do Sul decidiu confirmar a condenação do réu pelo crime de roubo, com base na verificação das ações fraudulentas do agente durante as negociações com a vítima. (Recurso nº 70048737696, Tribunal do RS, Oitava Câmara Criminal, Relatora: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 19/09/2012).

O caso referido no acima refere-se à ação conjunta de dois agentes que, fingindo ser funcionários de uma gráfica inexistente, ofereceram serviços de impressão a uma academia. A análise de todo o julgamento mostra que os sujeitos, desde o limiar do julgamento, não tinham intenção de cumprir sua parte do acordo, tendo de fato enganado a vítima oferecendo uma atividade vantajosa, obtendo a vantagem sem dar a devida consideração. A fim de constituir uma mera quebra de

contrato, sem que a conduta entre no escopo da infração, é necessário que o agente, ao assinar o contrato, o tenha feito de boa fé, mesmo que, posteriormente, ele não o cumpra.

É interessante notar que a indicação mais segura quanto à intenção do agente de defraudar é que, ao lidar com a parte ofendida, ele apresentou um nome falso, certamente para acreditar que, ao fazê-lo, ele não seria localizado por ela posteriormente. Quanto à intensidade do erro, Tovo (2014) assinala que há pelo menos três espécies/etapas que devem ser consideradas, a ignorância, que consiste na ausência de representação ou conhecimento do fato; a dúvida, quando o sujeito está hesitante quanto à veracidade do fato trazido à sua ciência; e o erro, cristalizado em uma interpretação distorcida do fato.

De um ponto de vista limitador, de acordo com o direito penal constitucional, somente o erro da pessoa ofendida pode servir como substrato para o quadro típico, excluindo as hipóteses em que havia dúvida e até mesmo ignorância sobre o fato. De outros pontos de vista, a configuração do delito em exame seria reservada para os casos em que o erro se relaciona com os elementos essenciais do contrato, pois só então o comportamento ilícito teria uma desvalorização capaz de justificar a reação criminosa, dando lugar à aplicação de uma sanção.

Por fim, conforme as premissas aqui discutidas, a caracterização do crime não seria uma questão do tipo de elemento contratual envolvido, nem da extensão do erro no negócio jurídico; o que realmente importa para a verificação do estelionato contratual é que a transação esteja tão coberta pela percepção equivocada do ofendido que, na hipótese de não estar presente, o negócio não teria sido realizado, pelo menos não nos termos exatos que ele seguiu. Deve-se notar que este entendimento é apoiado pela interpretação que a jurisprudência italiana imprimiu no erro.

Tovo (2014) traz algumas premissas criadas por Feinberg que caracterizam a ação de enganar: criar ou reforçar uma impressão de que é falsa e que o próprio estelionatário não acredita que seja verdadeira; impede que outros obtenham informações que o agente sabe que influenciariam a contraparte na transação em

questão; não declara um registro de demanda adversa ou outro impedimento legal para o gozo do imóvel vendido ou transferido, independentemente da validade de tal registro ou impedimento; não corrige uma falsa impressão de que sabe que está influenciando outra pessoa a quem atribui ao agente especial um vínculo de particular confiança e compromisso.

Trazendo um pouco dos marcos teóricos para a implementação pragmática, já superamos, por exemplo, o tema do estelionato cair cai unicamente sobre objetos de estima sentimental do sujeito; não há como esperar que o juiz se torne um profissional de psicologia para avaliar a quantidade de afeto que o ofendido nutria sobre o objeto. Como seria, portanto, o quadro legal do vínculo pactual do consentimento, provocado deliberadamente pelo subterfúgio de um dos contratantes, no qual existe uma pequena disparidade entre o desempenho dos contratantes?

Os direitos econômicos da pessoa ofendida são compostos de sua autonomia para aproveitar oportunidades de negócios que estejam de acordo com sua esfera patrimonial. Tovo Loureiro (2014) traz que Zanotti relata julgamentos que se alinham na direção oposta, reconhecendo apenas a possibilidade de incidência típica quando existem diferenças substanciais entre os benefícios. Tendo assinado o entendimento de que o estelionato se enquadra na modalidade de crime plurifensivo, que constitui uma agressão injusta e fraudulenta à propriedade alheia e o consequente dano à liberdade de disposição da vítima, o estelionato contratual é verificado a partir da conclusão de um contrato que não teria sido assinado se o agente ativo não tivesse induzido a outra parte em erro, através de artifício, truque ou outros meios fraudulentos.

Entretanto, há discussões sobre a relevância criminal da omissão e/ou do silêncio na configuração do crime examinado aqui. O exame da conduta daqueles que são reticentes ou omissivos no curso da formação comercial bilateral está diretamente relacionado aos deveres contratuais. Deve-se notar que a redação legal da artigo 171 do Código Penal criminaliza também a conduta daquele que mantém o estado de erro; há, portanto, plena compatibilidade da estrutura típica com a ação

daquela que só silencia quando a contraparte está em erro ou quando deve informá-la sobre o ponto relevante do ato legal.

Pelo contrário, traz Tovo Loureiro (2014) que Fiandaca e Musco não admitem a configuração do estelionato com a causa nas reticências do agente. Com relação à fraude contratual, o silêncio maliciosamente mantido sobre certas circunstâncias por parte daqueles que têm o dever legal de torná-las conhecidas integra o elemento objetivo para fins de configurabilidade do crime de fraude, pois é um engano capaz de determinar que o sujeito passivo dê o consentimento que de outra forma ele não teria dado e que o crime em questão é configurável não apenas durante a conclusão do contrato, mas também na de execução, quando uma das partes, no contexto de uma relação legal, engana a outra com truques e enganos, omitindo intencionalmente a comunicação de circunstâncias relevantes que uma das partes tem o dever de dar a conhecer, obtendo um lucro injusto.

A omissão intencional no estelionato contratual pode ser entendida como a violação pelo agente de um dever específico de informação, enquanto o silêncio, como um estratagema, se manifesta como um meio de manter a vítima em erro, um estado de coisas no qual ele detém uma falsa representação da realidade, e, consequentemente, que tem a capacidade de influenciar a determinação de sua vontade. Um exemplo de omissão de comunicação pode ser pensado como um estratagema no caso de um contratante que omite as circunstâncias da outra parte da qual ele tem conhecimento a respeito de sua insolvência iminente.

Na lição de Roppo engano pode assumir várias formas, dependendo das circunstâncias: pode ser uma simples mentira; pode consistir em uma mentira acompanhada de uma "encenação" mais ou menos complexa, adequada para dar-lhe credibilidade; pode também identificar-se com o silêncio ou reticência: mais precisamente, silenciando-o, ou deixando-o em ambiguidade, fatos que - à luz das circunstâncias e da relação existente entre as partes - deveriam ter sido, pelo princípio da boa fé pré-contratual, comunicados à outra parte, ou então esclarecidos (TOVO LOUREIRO, 2014).

Em conclusão, o papel do silêncio deve ser admitido como um estratagema suficiente para caracterizar o et contratual, com base nos marcos legais estabelecidos no sistema jurídico brasileiro.

5.3 A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Embora o chamado protagonismo ou ativismo judicial seja hoje o epicentro de inúmeros debates na comunidade jurídica, a questão da previsibilidade da interpretação judicial, ou não, da segurança jurídica na jurisdição, não é, de forma alguma, nova. Deve-se notar que esta visão de mundo era extremamente compatível com a ideologia do Iluminismo: em um contexto no qual a classe emergente pretendia limitar o desmame da classe que detinha o poder político, nada mais natural do que conter o possível abuso de poder pelos juízes, evitando acrobacias hermenêuticas que visavam violar a intenção democrática cristalizada pelas normas emanadas do Parlamento.

Para Tovo Loureiro (2014), a imagem que Manes produz a respeito do juiz ideal do Iluminismo é bastante eloquente: para os pensadores do período, o magistrado seria um testamentário executor da vontade legislativa. Tal visão do papel do executor é a majoritária até que o trabalho de Kelsen acene para a importância da norma fundamental - e do respectivo tribunal constitucional - para o circuito interpretativo. Entretanto, a atividade criativa está sendo exasperada pelos juízes, que estão lançando interpretações das mais variadas teorias hermenêuticas - quando se baseiam em algumas - causando discrepâncias nas abordagens jurídicas diametralmente opostas.

Isto significa que os magistrados deixam de se preocupar com o quadro normativo, bem como com os vetores interpretativos que emanam dos textos dogmáticos, de modo a criar sua singular forma de realização do Direito. Há um advogado que produz sobre a teoria do direito, o qual foi abordado por Tovo Loreiro (2014) em sua tese: Neil MacCormick. Ele considera o trabalho interpretativo dos juízes muito próximo, seja no sistema de precedentes ou no sistema jurídico romano-germânico. Também na tradição filosófica anglo-saxônica, Dworkin delineia

o conceito de integridade na lei, segundo a qual deve haver alguma congruência na aplicação das categorias legais.

Para ele, a ideia de integridade orienta a interpretação da lei ao ponto de refutar qualquer teoria que restrinja a autoridade da competência legislativa. Este tópico é explicado na metáfora do juiz Hércules, ou seja, um juiz mítico que teria todo o tempo e conhecimento do mundo jurídico. Narra Tovo (2014) que Hart desenvolve o conceito de “tecelagem” aberta da Lei, que consistiria em áreas para orientar a produção jurídica confiada aos tribunais, que definirão os conceitos com base em interesses conflitantes, à luz do caso específico e colocarão pesos diferentes em cada elemento que compõem os conceitos linguísticos utilizados pelo texto jurídico.

Mesmo que o caráter subjetivo da decisão judicial seja reconhecido, isso não significa que todo magistrado possa dizer a Lei de acordo com seus caprichos, de forma absolutamente arbitrária. De fato, de modo a julgar uma fraude e tornar possível enquadrá-la em processos civis ou penais, já que a situação de fato está na área cinza conceitual, todos os aspectos do roubo contratual devem ser considerados para ajustar ou excluir a ação da figura incriminatória. Outra circunstância que deve ancorar a aplicação da categoria é a aptidão do engano empregado pelo sujeito ativo, ou seja, a lógica restritiva adotada por esta investigação, a adequação dos meios - artifício ou trapaça - que influenciaram a liberdade de disposição da vítima deve ser avaliada através de um julgamento ex ante.

Entretanto, em questões contratuais, o cânones da boa-fé objetiva será muito valioso para ajudar o magistrado a identificar as tarefas acessórias que dizem respeito às espécies contratuais. Também deve ser enfatizado que o paradigma do direito penal mínimo, com a perspectiva vítima dogmática assumida, nos impele a trazer para a esfera jurídico-criminal apenas situações que preencham as suposições dogmáticas do conceito examinado com um grau razoável de certeza.

Finalmente, para que o método de estelionato contratual seja efetivamente capilarizado nos tribunais do país e para ajudar na interpretação do crime em

questão, deve haver, além da estruturação de parâmetros hermenêuticos e modelos teóricos, uma intensificação das interconexões entre a academia e aqueles que aplicam a lei. Uma doutrina que interpreta sem estrutura e que não presta atenção às estruturas do que interpreta não pode exercer adequadamente seu papel de orientar a interpretação e aplicação da lei, seja pela organização, atualizando e explicando as fontes normativas, seja apresentando critérios de entendimento, qualificação, relevância e prova (ÁVILA, 2011).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Direito Penal visa estudar as regras do Direito Positivo e a sistematização dos critérios de avaliação legal. Além disso, restou consolidado que a criminalização de determinada conduta não deve existir sem avaliar os impactos dessa criminalização, sua eficácia, efeitos colaterais e a possibilidade de resolver o problema por outras formas de regulamentação e controle. O princípio da intervenção mínima foi produzido na época do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que manteve o espírito medieval amplamente difundido.

Seguindo, foi exposto que o princípio da legalidade, em primeiro lugar, proíbe a retroatividade, ou seja, ninguém pode ser condenado por uma ofensa que não esteja prevista em lei; em segundo lugar, o princípio protege zelosamente os cidadãos do poder dos juízes e dos tribunais, pois, monopoliza a legitimidade da criminalização nas mãos dos legisladores, retirando do poder judiciário o império de dizer o que é e o que não é um crime. A função do Direito Penal é moldar e orientar os infratores, devolvendo-os ao corpo social como bons cidadãos, através do controle oficial dos limites dos procedimentos criminais.

O princípio da insignificância estabelece uma proporcionalidade efetiva entre a gravidade do crime e a natureza dramática da intervenção estatal, ou seja, a pena aplicável, afinal, alguns crimes não têm sequer relevância material para suas vítimas. Ao passo em que o princípio da proporcionalidade exerce uma função limitadora sobre o direito do Estado de punir os delitos de menor potencial ofensivo. Conforme o dogma do dano ou ofensividade, uma ofensa só é cometida quando há dano a um bem legal, ou seja, deterioração a um direito subjetivo.

Ninguém nega que algumas coisas não devem ser criminalizadas, enquanto outras não devem, mesmo que esta separação não seja unânime e gere debates no corpo social. O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da razoabilidade, exerce uma função limitadora no direito do Estado de punir violações de menor potencial ofensivo. Outro princípio que merece destaque é o da humanidade, vinculado e derivado do Princípio da Dignidade Humana, que

salvaguarda todo o sistema jurídico. De acordo com o Dogma do dano ou ofensividade, só há crime quando há dano a um bem jurídico, ou seja, uma deterioração a um direito subjetivo.

Ainda, quando imaginávamos que um indivíduo toma para si um bem de outro, somente com esta informação se poderia afirmar que todos os elementos de um delito foram satisfeitos - se foi feito com dolo, e isso realmente é suficiente para tornar o tomador responsável pelo crime, percebemos que não é para considerá-lo criminalmente responsável. O Código Penal Modelo Americano reconhece quatro níveis diferentes de mens rea: intenção ou malícia, conhecimento, imprudência e negligência. É discutível se o mens rea deve ou não ser necessário para a responsabilidade criminal, mas raramente é declarado que deve ser suficiente.

Uma vez superada a responsabilidade criminal por cometer um delito, é importante enfatizar a defesa no Processo Penal. Hoje, entretanto, pode-se dizer que o sistema progressivo está em crise e é formalmente substituído por um tratamento de individualização científica, embora a aplicação de princípios científicos não resolva todos os problemas envolvidos no comportamento criminoso. Vimos também que o Brasil tem lutado durante décadas para conter a violência prisional, mas a prisão ainda é um verdadeiro pesadelo ineficaz.

O estelionato é um crime pluri ofensivo, pois, tem como objetos o bem jurídico do patrimônio e o da confiança, isto é, a expectativa fundada de que as partes, em uma determinada transação, se comportem de acordo com suas obrigações contratuais. O erro consiste em uma falsa representação de realidade, a qual induz, o ofendido à disposição patrimonial. O engano do estelionato contratual é o propósito de enganar a contraparte, promovendo seu engano de modo a obter um benefício econômico indevido. O núcleo da investigação sobre o estelionato está limitado ao direito penal, apesar da particular transversalidade dos ramos do direito, nos quais também convergem as dimensões do privado.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2006), tomando o contrato como a união de duas manifestações de vontade, a proposta e a aceitação, pode-se dizer que a primeira inicia a formação do contrato, e, de forma genérica, não depende de forma

especial. Restou solucionada que a questão da atribuição de contratos a partir de sua contaminação por interesses ilícitos é uma questão tradicional no Direito Privado, é tradicionalmente tratada sob o nome de malícia. Aprendemos sobre a "truffa contrattuale", o equivalente italiano ao estelionato, a qual surgiu em meados da década de 1960.

Ademais, percebemos que, embora o chamado protagonismo ou ativismo judicial seja hoje o epicentro de numerosos debates na comunidade jurídica, a questão da previsibilidade da interpretação judicial, ou não, da segurança jurídica na jurisdição, é uma muito antiga e complexa.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Criminal nº 0030522-80.2009.8.05.0001**, Primeira Câmara Criminal –Primeira Turma., Relator: Vilma Costa Veiga. Diário Oficial.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda., 2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº HC 76106 CE 2007/0020088-2. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Brasília, DF, 14 de junho de 2007. **Dj 24/09/2007 P. 339**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8877476/habeas-corpus-hc-76106-ce-207-0020088-2-stj>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 outubro. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84412**. Diário Oficial da União. Brasília, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.089.139**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 25 de outubro de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, 29 out. 2019. p. 227-229. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/268832208/stf-29-10-2019-pg-229?ref=next_button. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 33015**, Relator Luiz Gallotti, j. 28/04/1954. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur148989/false> Acesso em: 09 de nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº N° 516.482 - SC (2019/0176589-6)**. IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Relator: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasília, DF, 18 de junho de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, 19 jun. 2019. p. 8937-8943. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/248010131/stj-19-06-2019-pg-8939>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação nº ACR 4365 SC 2001.72.02.004365-9**. Relator: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE. Dj 26/11/2003 Página: 750. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1151808/apelacao-criminal-acr-4365>. Acesso em: 19 out. 2020.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020. 2548 p.

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

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **El delito de estafa**. 2a ed. Barcelona: Bosch, 2009. p. 63. Apud. TOVO LOUREIRO, Antonio Carlos. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 67-68. Apud. LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. XII. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Apud. LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LAW SHELF EDUCATION MEDIA (Estados Unidos). **National Paralegal (ed.). Model Penal Code's Mens Rea**. Disponível em: <https://lawshelf.com/coursewarecontentview/model-penal-codes-mens-rea/>. Acesso em: 13 maio 2020.

MAXWELL, Jack. **The principle of legality**. 2016. Disponível em: <https://www.ruleoflaw.org.au/the-principle-of-legality/>. Acesso em: 02 set. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 10231140247728001**. Relator: Dirceu Wallace Baroni. Diário Oficial. Minas Gerais, . Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753873973/apelacao-criminal-apr-10231140247728001-mg?ref=serp>. Acesso em: 13 maio 2020.

MUGGAH, Robert. **Why is prison violence so bad in Brazil: a primer on one of Brazil's most intractable challenges..** A primer on one of Brazil's most intractable challenges.. 2019. Disponível em: <https://www.americasquarterly.org/article/qa-why-is-prison-violence-so-bad-in-brazil/>. Acesso em: 23 out. 2020.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio)**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 380. Apud. TOVO LOUREIRO, Antonio Carlos. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

REINO UNIDO. House Of Lords. **Caso Black-clawson International Limited V. Papierwerke Waldhof-aschaffenburg Aktiengesellschaft nº HL/PO/JU/4/3/1264**. United Kingdom House Of

Lords Decisions. Reino Unido, . Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1975/2.html>. Acesso em: 11 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 153. Apud. LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio.** Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2013. Apud. TOVO LOUREIRO, Antonio Carlos. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. La víctima en el sistema penal. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006. Apud. TOVO LOUREIRO, Antonio Carlos. Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro. 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SILVEIRA, Arthur Mendes da. **Princípio da lesividade e os crimes de perigo abstrato.** 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11048/Princípio-da-lesividade-e-os-crimes-de-perigo-abstrato>. Acesso em: 13 maio 2020.

PARAÍBA. Câmara Especializada Criminal. **Acórdão/decisão nº 0000573-95.2008.8.15.0541.** Relator: DES. JOÁS DE BRITO PEREIRA FILHO. João Pessoa, PB, 12 de maio de 2020. Diário Oficial. João Pessoa, . Disponível em: <https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/853373377/5739520088150541-pb?ref=serp>. Acesso em: 11 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação nº No 70010509941.** Relator: Sylvio Baptista Neto,. Diário Oficial.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal nº Crime No 0013193-98.2007.8.26.0564,,** Paulo,16A Câmara de Direito Criminal, Comarca de São Bernardo do Campo,. Relator: Otávio de Almeida Toledo. Diário Oficial. São Paulo, 2013.

TOVO LOUREIRO, Antonio Carlos. **Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro.** 2014. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

F866d Freitas, Amanda Kathleen Mendes de.
As diferenças entre estelionato e fraude civil: uma
análise conceitual e principiológica / Amanda Kathleen
Mendes de Freitas. - Santa Rita, 2020.
83 f.

Orientação: Gênesis Jacomé Vieira Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Direito Penal. 2. Estelionato. 3. Fraude. I.
Cavalcanti, Gênesis Jacomé Vieira. II. Título.

UFPB/BS/DCJ

CDU 34