

EFEITOS TÍPICOS DA TORPEZA BILATERAL NO CRIME DE ESTELIONATO

Luan Rafael Vila Nova¹

Viviane Christine Abreu Santos²

Resumo

Há muito se discute a repercussão da torpeza bilateral na figura do estelionato, contudo, não há solução definitiva quanto ao tema. Nesta atividade se busca dar enfoque a uma vertente menos pragmática e minoritária, sem, contudo, nos afastarmos da técnica jurídica e do raciocínio lógico pelo qual deve enveredar o aplicar do Direito. Ver-se-á que solução simplória poderá fazer incorrer o operador em absurdos jurídicos, sendo mais razoável que se verifique no caso concreto a finalidade a que se destinava o patrimônio dos sujeitos do crime para então se averiguar se o Direito Penal, *ultima ratio*, deverá intervir. Não se ignora os motivos daqueles que adotam posição desprezando a torpeza bilateral para fins de tipicidade, até porque se vislumbra razoabilidade na interpretação, contudo, parece-nos adequada posição diversa, conforme se buscará desenvolver a seguir.

Palavras-chave: Tipicidade. Estelionato. Torpeza Bilateral. Intervenção Mínima. Patrimônio.

TYPICAL EFFECTS OF RECIPROCAL FRAUD ON STELIONATE CRIME

Abstract

The repercussion of bilateral fraud on the stelionate has long been discussed, however, there is no definitive solution on the subject. This research seeks to focus on a less pragmatic and minority aspect, without, however, departing from the legal technique and logical reasoning by which to apply the law. It will be seen that a simple solution may cause legal absurdities, and it is more reasonable to verify in the specific case the purpose for which the property of the subjects of the crime was intended, and then to ascertain whether the criminal law, *ultima ratio*, should intervene. The motives of those who adopt a position disregarding bilateral clumsiness for typical purposes are not ignored, because reasonableness in interpretation is glimpsed, however, it seems to us an appropriate different position, as it will be sought to develop below.

Key words: Typicality. Stelionate. Reciprocal fraud. Minimal Intervention. Patrimony

¹ Acadêmico da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. Email: luanrvn11@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (1997). Especialista em Direito Processual Civil. Professora Titular da Universidade de Uberaba, ministrando direito penal e processual penal, além de atuar no Estágio supervisionado e na orientação de monografias. Advogada Militante (OAB/MG). Email: vivianechris@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A propriedade é bem jurídico de importância singular, por tal motivo recebeu atenção especial pelo ordenamento, inclusive de alçada constitucional. Sua regulação se dá pelos mais variados ramos jurídicos, cada qual com sua pertinência, desde os componentes do chamado direito público, bem como do direito privado. Neste momento a atenção será ao tratamento dispensado pelo Direito Penal.

O núcleo das discussões a que iremos nos restringir corresponde à violação do patrimônio pela via da fraude. Da mesma forma que entendeu o legislador penal ser pernicioso a conduta daquele que agride o patrimônio alheio empregando violência, grave ameaça ou furtividade, também fez constar no rol dos crimes patrimoniais o emprego da fraude com a finalidade de obtenção de vantagem indevida. Assim, tal como reprime o ladrão, também o faz em relação ao vigarista que, atuando com *animus fraudandi*, se aproveita do erro de outrem para dessa situação causar-lhe prejuízo e obter de tal fato vantagem indevida.

A questão torna-se tormentosa quando se verifica do caso real o emprego da fraude por ambos os sujeitos da infração penal, isto é, tanto pelo autor quanto pela pretensa vítima. É neste contexto que se estuda as implicações da torpeza bilateral no estelionato. Deveria o Direito Penal intervir em tais situações ou abster-se já que se apresenta como mínimo ético e, inevitavelmente estaria dispensando proteção ao estelionatário?

O Direito é ciência valorativa e como tal dá margem a várias compreensões sobre o mesmo objeto. O tema em apreço é conseqüência desta premissa, pois como se mostrará adiante, há controvérsias sobre a questão, havendo posições diametralmente opostas. Ao final restará consignada posição intermediária, pela manutenção da figura típica, mas não de forma irrestrita.

Quanto à metodologia optou-se pelo procedimento de pesquisa bibliográfico, já que a principal fonte desta pesquisa são os livros, dada a abundância com que tratam do tema. A abordagem é qualitativa pois os esforços recaem sobre a análise crítica das principais posições sobre o tema proposto, valorando-se os fundamentos invocados. Em relação à finalidade a pesquisa é básica-estratégica pois seu enfoque são as discussões doutrinárias, não obstante, é inegável o relevo na prática criminal, dada a recorrência do crime de estelionato. Por fim, o método de pesquisa escolhido é o descritivo, restrito às abordagens teóricas, não havendo qualquer pretensão de fixar teses.

2 TEORIA DO CRIME

Este trabalho em última análise se desenvolve na pesquisa e análise do crime, sendo este seu objeto em essência. Nessa esteira, indispensável se mostra os conceitos e elementos das infrações penais, bem como as principais discussões que circundam o tema.

Crime pode ser concebido sob três aspectos: o material, formal e analítico. Vejamos.

Sob a perspectiva material, crime é a conduta que merece, dado seu caráter pernicioso, resposta estatal por meio de mal justo. Crime em sentido material é a ação ou omissão humana que cause lesão aos bens jurídicos caros ao convívio social. A propósito preleciona Damásio (2011, p. 192) mencionando Manzini:

No sentido substancial, para Manzini, delito é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei.

Por outra ótica, crime em sentido formal, é a descrição pelo órgão competente, das condutas que mereçam repressão em razão da relevância do bem jurídico tutelado. Nesse sucedâneo de ideias, crime está intrinsecamente ligado à atividade legiferante exercida pelo Poder (ou como alguns preferem, função) Legislativo, que atua nos ditames da Constituição que, por sua vez, lhe confere competência para editar atos normativos primários. Crime, em seu aspecto formal, é tudo aquilo que o legislador descreve nos tipos penais (modelos de conduta previstos em abstrato), sem que haja, neste momento, ponderações de ordem ontológica, isto é, análise sobre o conteúdo do tipo penal em sintonia com os princípios constitucionais-penais. Neste ponto, Fernando Capez (2016, p. 130) ressalta que “considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana”. Em suma, crime em sentido formal, como ensina Nucci (2017, p. 76) “é a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno”.

Analiticamente, crime é entendido como fato típico, ilícito e culpável, assim, deve-se considerar a seguinte ponderação:

O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância. (GRECO, 2019, p. 200)

O conceito analítico de crime é, indubitavelmente, o predominante, tanto por razões práticas quanto teóricas, haja vista o motivo já mencionado, qual seja a clareza que oferece ao aplicador em identificar os institutos jurídicos pertinentes e sua incidência nos elementos do crime. Ademais, os conceitos formal e material são insuficientes quando considerados isoladamente. Neste contexto comenta Greco (2019, p. 198):

Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.

Há, contudo, divergência entre os juristas acerca dos elementos do crime, existindo basicamente uma teoria que entende por infração penal o fato típico e ilícito, enquanto outra corrente diverge no sentido de infração penal se tratar de fato típico, ilícito e culpável. Defendem esta última posição, entre outros, Assis Toledo, Guilherme de Souza Nucci e Heleno Fragoso (NUCCI, 2017, p. 77).

Os defensores da teoria bipartida que entendem crime como fato típico e ilícito, entre os quais se encontram Damásio de Jesus, Celso Delmanto e Julio Fabbrini Mirabete (NUCCI, 2017, p. 76), sustentam que a culpabilidade é pressuposto para aplicação da pena, de modo que o juízo de censura não compõe a estrutura da infração penal em sua essência. Ademais, o próprio Código Penal ao tratar das excludentes de ilicitude diz expressamente que "não há crime" se o fato é praticado em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito. Por outro lado, o Código Penal ao tratar das excludentes de culpabilidade não utiliza a mesma estrutura linguística, optando por prever a expressão "fica isento de pena" aquele que atua nas formas do tipo penal não incriminador permissivo exculpante. A propósito, de maneira didática, ensina Capez (2016, p. 131):

Com efeito, a culpabilidade, em termos coloquiais, ocorre quando o Estado aponta o dedo para o infrator e lhe diz: você é culpado e vai pagar pelo crime que cometeu! Ora, isso nada tem que ver com o crime. É apenas uma censura exercida sobre o criminoso. Conclusão: a partir do finalismo, já não há como continuar sustentando que crime é todo fato típico, ilícito e culpável, pois a culpabilidade não tem mais nada que interessa ao conceito de crime.

Não obstante a divergência doutrinária acerca de quais elementos de fato compõem o conceito analítico de crime, na prática tal discussão se esvazia uma vez que a análise da culpabilidade e suas excludentes é regra inafastável, já que sua ausência importa na impossibilidade de responsabilização penal, uma vez que a imputação pessoal do juízo de reprovabilidade se mostra inadequada.

Vale ainda mencionar que culpabilidade pode ser entendida nas lições de Greco (2019, p. 140) como elemento do conceito analítico de crime, critério quantificador na dosimetria penal e princípio que impede a responsabilidade penal objetiva. Veja, portanto, que a culpabilidade é de suma importância na aplicação da lei penal sendo sempre indispensável sua verificação pelos operadores do direito no caso concreto, atuando tal princípio como elemento do crime, critério para dosar o *quantum* da pena e a ainda como vedação à responsabilidade penal objetiva. Neste último caso deve tal princípio ser entendido “como um fim em si mesmo, pois, uma vez adotada a teoria finalista da ação, dolo e culpa foram deslocados para o tipo penal, não pertencendo mais ao âmbito da culpabilidade” (GRECO, 2019, p. 141). Em relação à culpabilidade dizia Welzel (2014, p. 115) que “o conceito de culpabilidade, como tal, não compreende, ao contrário, elementos subjetivos-anímicos e conserva apenas o critério normativo da culpabilidade, com base no qual se examina se a vontade de ação é culpável [...]”.

Partindo da corrente tripartida do conceito analítico de crime, ainda que de maneira sucinta, é oportuno indicar os elementos do fato típico, da ilicitude e culpabilidade, uma vez que, como já mencionado no princípio deste trabalho, o estudo da infração penal é, em última análise, o objeto desta pesquisa.

Fato típico é, como visto, o primeiro elemento do conceito analítico de crime (ou melhor, das infrações penais), de modo que se os seus componentes não forem verificáveis o intérprete sequer passa à análise da ilicitude ou culpabilidade. É porque se o fato sequer chega a ser típico, irrelevante se mostra a pesquisa sobre a ilicitude ou culpabilidade.

Em síntese, são elementos do fato típico, a conduta, o resultado, nexos de causalidade e tipicidade. O direito penal se ocupará apenas de ações ou omissões humanas que provoquem algum resultado lesivo, contudo deve haver ainda o liame que possibilite afirmar que tal resultado se deu em decorrência do *facere* ou *non facere* (nexo de causalidade). Em razão do princípio da legalidade, que tem sua origem ligada à Magna Carta na Inglaterra (GRECO, 2019, p. 144), somente haverá ingerência estatal sob os particulares imputando-lhes a prática de infrações penais e as respectivas sanções penais caso o órgão competente para criar as leis se dedique em prever, antecipadamente ao fato, as condutas tidas como caracterizadoras de

crimes, confeccionando assim os tipos penais, que nada mais são que modelos de conduta. Tipicidade é, portanto, a perfeita subsunção da conduta praticada com o modelo de comportamento descrito na lei penal, contudo, não se limita a isso, já que ao lado da tipicidade formal, há ainda a tipicidade conglobante que, por sua vez, incorpora a antinormatividade e a tipicidade material. Em suma, como ensina Capez (2016, p. 26):

No Estado Democrático de Direito é necessário que a conduta considerada criminosa tenha realmente conteúdo de crime. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade.

Superado o fato típico, torna necessário ao operador verificar a ilicitude do fato (ou antijuridicidade). Nos ensina a doutrina que o fato típico acarreta a probabilidade de ilicitude, é o que se chama de caráter indiciário do fato típico. A respeito esclarece Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 423):

Trata-se da posição de quem sustenta ser a tipicidade um indício de antijuridicidade. Preenchido o tipo penal incriminador, está-se constituindo uma presunção de que o fato é ilícito penal, dependente, pois, da verificação concreta da existência – ou não – de causas de justificação (excludentes de ilicitude).

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que em regra todo fato típico é ilícito, cabendo ao operador verificar se, no caso concreto, persistirá ou não tal premissa. Como resultado do caráter indiciário do fato típico, a ilicitude se limita à constatação das chamadas excludentes de ilicitude (artigos 23, 24 e 25 do Código Penal) que irão justificar a conduta do agente. Desta forma, uma conduta que *a priori* seria tida como ilícita, se acobertada por alguma norma penal não incriminadora permissiva justificante, afastará o caráter antijurídico e impossibilitará a responsabilidade penal do agente.

Vale ainda mencionar que no âmbito da ilicitude, o consentimento da vítima pode afastar a antijuridicidade da conduta de modo a torná-la congruente com o ordenamento jurídico de modo que:

além das causas legais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina ainda faz menção a outra, de natureza supralegal, qual seja, o consentimento do ofendido. Contudo, para que possa ter o condão de excluir a ilicitude, é preciso, quanto ao consentimento: a) que o ofendido tenha capacidade para consentir; b) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; c) que o consentimento tenha sido dado anteriormente, ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente. (GRECO, 2019, p. 201)

Por fim, caso o fato seja típico e ilícito, passa-se à averiguação da culpabilidade. A imputação pessoal, consiste no juízo de censura, reprovabilidade, que se imputa ao agente que causou o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. A culpabilidade também é analisada por componentes, desta feita, só poderá receber tal juízo de censura o agente imputável, que tenha potencial consciência da ilicitude de sua ação ou omissão e do qual no caso concreto fosse razoável exigir conduta diversa daquela praticada.

É este um breve panorama da teoria do crime dentro da qual se desenvolve esta atividade.

3 NOÇÕES SOBRE O ESTELIONATO

Com a pretensão de afunilar a pesquisa aqui exposta, passa-se à análise específica do crime de estelionato, afinal a proposta deste trabalho circunda tal tipo penal.

O estelionato tem como principal característica a fraude. Assim, nas relações sociais é comum que pessoas pretendam obter vantagem sobre outras, valendo-se delas de vários meios, tal como a violência, a ameaça, a destreza, a fraude etc. Ao estelionato só importa esta última, de modo que o delinquente, pretendendo a vantagem, emprega meios que induzem ou mantêm em erro a vítima. Acerca do estelionato, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 658-659):

O bem juridicamente protegido é a inviolabilidade do patrimônio, particularmente em relação aos atentados que podem ser praticados mediante fraude. Tutela-se o interesse social, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o interesse público de reprimir a fraude causadora de dano alheio.

A doutrina sempre buscou diferenciar a fraude civil da fraude penal, de modo a esclarecer aos operadores qual seria o critério que justificaria a responsabilização civil ou penal daquele que obtivesse vantagem sobre outrem.

Pois bem, debruçando sobre tal questão, Nelson Hungria (1955, p. 173) ensina que o critério distintivo seria tão somente a gravidade da fraude, isto é, fraude grave mereceria atenção do direito penal, por outro lado, fraude leve deve ser ignorada por este, em razão do postulado da mínima intervenção, restringindo a atuação estatal em matéria penal apenas aos bens jurídicos mais importantes, bem como às transgressões mais graves a tais bens jurídicos, como prevê o princípio da lesividade. Como se observa, portanto, a gravidade da fraude que demandará atuação estatal na seara criminal, será definida pelo legislador no momento que redigir os tipos penais.

Não obstante os ensinamentos de Hungria, essencialmente parece inexistir diferença entre as fraudes civil e penal. Nesta esteira de ideia, defende Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 666):

Não há critério científico que abstrata ou concretamente distinga, com segurança, uma fraude da outra! Concluindo, somente razões político-criminais podem justificar a separação, em termos de direito positivo, entre fraude civil e fraude penal. Essa seleção, mesmo objetivando atender ao interesse social, não pode adequar-se a um padrão abstrato de irretocável conteúdo e segurança científicos. Por isso, o máximo que se pode tolerar é a fixação de critérios elucidativos que permitam uma segura opção do aplicador da lei.

Não há estelionato sem obtenção de vantagem ilícita. A discussão neste quesito pende sobre a natureza de tal vantagem a que se estaria referindo a lei penal. Leciona Fragoso (*apud* CUNHA, 2017, p. 364) que “por vantagem ilícita deve entender-se qualquer utilidade ou proveito de ordem patrimonial, que o agente venha a ter em detrimento do sujeito passivo sem que ocorra justificação legal”.

Não obstante a posição majoritária na doutrina seja no sentido de compreender com maior amplitude a natureza da vantagem indevida, não restringindo-a apenas àquela de ordem patrimonial, há posição em sentido diverso:

Dessa forma, encontrando-se o tipo penal que prevê o delito de estelionato inserido no Título II do Código Penal, correspondente aos crimes contra o patrimônio, o raciocínio não poderia ser outro senão o de afirmar que a vantagem ilícita, obtida pelo agente, deve ter natureza econômica.

Consta ainda no preceito primário do tipo em apreço que o agente deve empregar a fraude para induzir a vítima à erro ou mantê-la em tal situação. Veja, portanto, que o tipo penal incrimina tanto a conduta do agente que cria a situação de erro em que incorre a vítima como também a mera manutenção desta, muito embora neste último caso não tenha sido o estelionatário quem a criara.

Como bem ensina Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 671), erro é a má percepção da realidade, atuando a vítima de maneira equivocada, uma vez que a situação fática em que se encontra não é exatamente aquela na qual imagina estar. Há relevância penal, portanto, tanto a hipótese em que o agente cria o erro, como naquela em que ele apenas se aproveita de erro pré-existente. Importante é que desta situação se aproveite, obtendo vantagem ilícita às custas do prejuízo alheio.

O estelionato, em sua forma fundamental, é crime material. Significa que sua consumação depende da ocorrência de resultado naturalístico, entendido como a alteração do estado anterior das coisas, perceptível aos sentidos humanos. Ao tratar sobre a classificação

dos crimes, referindo-se especificamente ao estelionato, preleciona de maneira oportuna Damásio de Jesus (2011, p. 231):

[...] E o estelionato? É o crime material. Descreve a conduta (induzir ou manter alguém erro, mediante ardil, artifício ou qualquer outro meio fraudulento) e o resultado (vantagem ilícita em prejuízo alheio). Enquanto na extorsão o tipo menciona a expressão “com o intuito de obter”, no estelionato o núcleo é o verbo “obter”. Logo, não basta o intuito, exigindo-se que o sujeito “obtenha” a vantagem ilícita. Daí a qualidade de crime material.

Aproveitando o conceito supratranscrito, o estelionato somente se consumará com a efetiva obtenção de vantagem indevida em conjugação com o prejuízo alheio da vítima. Neste ponto, oportuno se mostram os comentários de Rogério Sanches Cunha (2017, p. 364):

Para a caracterização do crime, a vítima deve sofrer um prejuízo patrimonial que corresponda à vantagem indevida obtida pelo agente. Aliás, quando o tipo se refere à “vantagem indevida”, isto é, “vantagem ilícita” e “prejuízo alheio”, fica claro que a primeira pressupõe o segundo, já que quem obtém ilicitamente algum bem, está evidentemente lesando o patrimônio do *tertius* e está lhe proporcionando um “prejuízo”.

Ainda nesta sequência de ideias, o estelionato é crime plurissubsistente, isto é, a conduta do agente se desdobra em mais de um ato. Se é possível o fracionamento da conduta é admissível trabalhar com a tentativa, assim, quando o agente inicia os atos executórios, mas por circunstâncias alheias à sua vontade não consuma o crime deve responder na forma tentada. Dissertando sobre o que deve ser entendido como início dos atos executórios no caso do estelionato para fins de aplicação da tentativa, explica Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 287):

No estelionato, crime que requer a cooperação da vítima, o início de sua execução se dá com o engano da vítima. Quando o agente não consegue enganar a vítima, o simples emprego de artifício ou ardil caracteriza apenas a prática de atos preparatórios, não se podendo cogitar da tentativa.

Ademais, é necessário para se falar em *conatus*, além do efetivo engano da vítima, que o agente não obtenha a vantagem indevida, porém, não por sua vontade própria, mas, sim, em razão de circunstâncias alheias à sua vontade.

O artigo 171 em seu parágrafo 1º prevê a aplicação ao estelionato do privilégio referente ao furto com previsão no artigo 155, parágrafo 2º, ambos do Código Penal, desde que a vantagem seja de pequeno valor e o estelionatário seja primário. Tomou o legislador em tal caso o cuidado de adequar a redação do dispositivo em apreço ao objeto material do estelionato, assim, ao invés de mencionar como sendo de pequeno valor a *coisa* indicou corretamente o *prejuízo*.

Quando da aplicação do privilégio aqui em comento, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de fixar como de pequeno valor a coisa em torno de um salário mínimo à data dos fatos, contudo, ressalta Rogério Greco (2019, p. 851) que para aplicação deste mesmo privilégio ao estelionato, deve-se considerar o prejuízo em consonância com a capacidade econômica da vítima e não exclusivamente no parâmetro objetivo referente ao valor do salário mínimo.

Há divergência quanto a aplicação do privilégio em estudo nas hipóteses descritas no parágrafo 2º do artigo 171 do Código Penal que prevê as figuras equiparadas ao estelionato determinando que incorram nas mesmas penas previstas na forma basilar àqueles que praticarem tais condutas equiparadas. Neste ponto é preciso Rogério Sanches Cunha (2017, p. 375):

Apesar de haver corrente em sentido contrário, parece-nos um contrassenso não estender o benefício às variações do crime, previstas nos incisos do parágrafo seguinte (algumas, aliás, menos perigosas que o comportamento do *caput*). Tratar diferente crimes da mesma natureza é desrespeitar o princípio constitucional da proporcionalidade.

Superadas as brevíssimas considerações em torno da figura do estelionato, passa-se às discussões referentes à torpeza bilateral e suas implicações na responsabilidade penal.

4 TORPEZA BILATERAL

Torpeza bilateral é a fraude recíproca, empregada por agente e vítima, isto é, ambos visam a obtenção de vantagem indevida em detrimento do prejuízo alheio, valendo-se para tanto do emprego de meio fraudulento. Surge, portanto, a indagação se deveria o Direito Penal intervir em tais situações, haja vista que inevitavelmente estaria dispensando proteção à pessoa que atuara de má-fé.

Não se trata de questão simples e o pragmatismo em tal seara pode representar solução insensata, daí que, não obstante a jurisprudência dominante aparentar uma posição bem clara, a discussão acerca do tema é de todo oportuna.

A posição dominante quando se discute a torpeza bilateral e seu reflexo na figura típica do estelionato é pela sua irrelevância para fins típicos, ou seja, pouco importa se o agente estará de boa-fé ou não, respondendo normalmente pelo estelionato caso preenchidos os demais requisitos do delito. Nesse sentido, Cleber Masson (2018, p. 565) ao tratar do assunto ensina:

Em síntese, os argumentos pela existência do crime são os seguintes: não se pode ignorar a má-fé do agente que utilizou a fraude e obteve a vantagem ilícita em prejuízo alheio, nem o fato de a vítima ter sido ludibriada, e, reflexamente, ter suportado prejuízo econômico; a boa-fé da vítima não é elementar do tipo contido no art. 171, caput, do Código Penal; e a reparação civil do dano interessa somente à vítima, enquanto a punição do estelionatário interessa a toda a coletividade.

No mesmo sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

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 PROSOLVENDO E NÃO PRO SOLUTO, FORÇA, FORÇA E RECONHECER QUE, SE O RÉU TIVESSE PROVISÃO DE FUNDOS, O CHEQUE TERIA SIDO RECEBIDO E O RÉU NÃO TERIA AÇÃO PARA RECOBRAR A RESPECTIVA IMPORTANCIA. LOGO, NÃO HÁ NEGAR QUE, NA ESPÉCIE, A EMISSÃO DO CHEQUE SEM FUNDOS IMPORTOU PARA A VÍTIMA UM DANO PATRIMONIAL. (RHC 33015, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/1954, DJ 08-07-1954 PP-07988 EMENT VOL-00176-01 PP-00313 ADJ 04-07-1955 PP-02219)

Segundo a corrente majoritária, portanto, pouco importa a boa-fé dos sujeitos do crime de estelionato, uma vez que tal dado não é exigido no tipo penal do artigo 171 do Código Penal, de tal feita ser irrelevante no caso concreto para efeitos de tipicidade intenção probada dos atores, bastando o emprego da fraude e a obtenção de vantagem em prejuízo alheio.

Sustentando posição alternativa temos como principal expoente Nelson Hungria, e dentre os mais recentes, Rogério Greco. Hungria defendia a necessária observância, quando do estudo da torpeza bilateral, das disposições civis acerca do tema (1955, p. 186). O Código Civil de 1916, por sua vez, dispunha (redação mantida pelo Código Civil de 2002):

Art. 971. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

O Código Civil de 1916 já negava proteção às hipóteses de torpeza bilateral no juízo cível, de modo que as partes de eventual negócio jurídico não obteriam sucesso ao demandar em juízo pleiteando a devolução de valores pagos quando visassem fim ilícito ou imoral.

Hungria sustentava sua posição numa verdadeira análise sistemática do ordenamento jurídico, não limitando a interpretação de maneira exclusiva à norma que trata do estelionato como faz a corrente dominante quando afirma a incidência do Direito Penal ao caso *sub examen* por não ser a boa-fé da vítima elementar do estelionato.

Como nos ensina a dogmática, o direito penal é a última alternativa a ser acionada para o controle social, haja vista só dispor tratamento às condutas, socialmente inadequadas, mais lesivas aos bens jurídicos mais importantes, daí se falar em mínima intervenção do direito penal, bem como na lesividade/ofensividade e adequação social das condutas. Como consequência desse *tripé* assume o Direito Penal um caráter fragmentado e subsidiário, de modo que só será manuseado quando outros ramos do direito se mostrarem impotentes para valer a ordem jurídica. Por isso se diz ser o direito penal a *ultima ratio*.

Considerando a premissa supratranscrita, alcançamos um dilema: se o direito civil, considerado um *minus* em relação ao direito penal, não protege o agente que atuou com fim ilícito ou imoral, deveria o ramo excepcional do direito tratar de tal situação? Nelson Hungria (1955, p. 187) defende a resposta negativa, sustentando que:

Não só os argumentos de ordem prática ou de política criminal, senão de rigorosa lógica jurídica justificam, na espécie, a indiferença do direito penal. O patrimônio individual cuja lesão fraudulenta constitui o estelionato é o *juridicamente protegido* e somente goza da proteção do direito o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social. Desde o momento em que ele é aplicado a um fim ilícito ou imoral, a lei, que é expressão do direito como mínimo ético indispensável ao convívio social, retira-lhe o arrimo, pois, de outro modo, estaria faltando à sua própria finalidade.

Há de se destacar ainda, no contexto do direito como um mínimo ético, o exemplo dado por Carrara (*apud* HUNGRIA, 1955, p. 189), jurista italiano do século XIX, que deixa claro o absurdo que se poderia chegar com a dispensa da tutela penal em todo e qualquer caso de torpeza bilateral. Vejamos:

[...] certo indivíduo vai ter com um litigante fracassado e, mediante a falsa promessa de espancar o juiz que lhe não deu ganho de causa, obtém dele dinheiro, vindo a ser processado e condenado, a título de estelionato, por esse mesmo juiz, que lhe terá de dizer: Condeno-te porque não me espancaste (!).

Ao se deparar com alguma hipótese de torpeza bilateral, deve o operador do direito verificar se a finalidade do agente é imoral ou ilícita, pois diferentemente do que se passa com o Direito Civil que nega a repetição em ambos os casos, apenas o fim imoral pode sustentar a tipicidade do estelionato, assim se posiciona Greco (2019, p. 865) no sentido de que “embora

o Código Civil englobe a finalidade imoral do agente como impeditiva da repetição, entendemos que a torpeza bilateral somente se aplica aos atos considerados ilícitos”.

No fito de respaldar a posição intermediária retrotranscrita tome-se o seguinte exemplo dado em doutrina:

Assim, por exemplo, se o agente contrata os serviços de uma prostituta e, depois do ato sexual, confessa que não possui condições financeiras para pagar-lhe, como a prostituição em si pode ser considerada um comportamento lícito, isto é, que não contraria o ordenamento jurídico-penal, entendemos ser possível, aqui, a sua punição pelo crime de estelionato, ao contrário, como vimos, daquele que paga por uma remessa de substância entorpecente, que nunca chegará, pois, se efetivamente recebesse a “mercadoria”, estaria praticando um comportamento penalmente ilícito. (GRECO, 2019, p. 865)

Desta forma, buscando equilibrar as premissas das posições extremas, isto é, aquela que entende pela tipicidade do fato em todo e qualquer caso de torpeza bilateral, bem como aquela em sentido oposto, ou seja, que prega a atipicidade do fato, pode ser considerada razoável a distinção feita entre a fraude empregada em negócio ilícito daquela empregada em negócio imoral, de modo que a incidência do Direito Penal na primeira hipótese poderá conduzir o aplicador a situações esdrúxulas, tal como apregoado logo acima.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pretendeu explanar, é possível vislumbrar que em matéria penal, respostas pragmáticas nem sempre oferecerão a mais adequada solução. O Direito Penal não pode intervir em toda e qualquer situação, mas tão somente quando alguma lesão juridicamente relevante atentar contra algum bem eleito pelo legislador como sendo dos mais importantes ao convívio social.

Ora, como se poderia qualificar as hipóteses de torpeza bilateral como de alçada criminal se nem o próprio direito civil dispensa proteção em tais hipóteses, vedando a repetição do indébito, tal como já exposto? Se o *minus* se afastou em tal situação por quais razões deveria o *plus* abrangê-la?

Os crimes patrimoniais são de altíssima recorrência prática, bem como objeto de intermináveis divergências pelos juriconsultos, por essa razão as discussões nesse contexto não devem ser tidas como monótonas pela sua reincidência, mas, sim, esforços na contribuição pela mais justa solução no caso concreto.

Em razão das situações extravagantes com as quais poderíamos nos deparar, parece ser medida razoável a verificação no caso concreto do fim pretendido pelo agente, de tal modo que os fins ilícitos, e não apenas os imorais, devem ser expurgados do âmbito de proteção do Direito Penal. A dispensa da tutela penal de maneira irrestrita pode violar a concepção de direito como um mínimo ético, acarretando no meio social a falsa percepção de que a atuação cingida de má-fé pode receber tratamento semelhante ao dispensado para aqueles de conduta íntegra e proba.

Não obstante predomine o entendimento pela tipicidade do estelionato nas hipóteses de torpeza bilateral, não se pode vender os olhos para o agente que dê destinação ilícita ao patrimônio e mesmo assim pretenda a movimentação do aparelho estatal no evidente fito de respaldar sua conduta maculada pelo *animus fraudandi*. Por esta razão, mais que uma simplória resposta afirmativa pela tipicidade, razoável seria a perquirição no caso concreto pelo *animus* do agente (ilícito ou apenas imoral) para só então se concluir pela intervenção ou não do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 3.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07/06/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal.** Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07/06/2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 33015. Brasília, DF, 28 de abril de 1954.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte especial 2.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte geral.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte especial.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte especial.** 21. ed. Niterói: Impetus, 2019.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 21. Ed. Niterói: Impetus, 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: Volume VII.** Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.