

ESTELIONATO CONTRATUAL – CONDUTA CRIMINOSA OU MERO DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER CIVIL?

Alneir Fernando S. Maia¹

O presente estudo tem por objeto uma breve discussão entre a figura do estelionato contratual como conduta criminosa e o fato de uma lesão patrimonial sofrida pela vítima decorrente de uma relação contratual ser uma mera infração civil, afastando a reprimenda penal.

Nesses tempos de pandemia há um enorme risco de pessoas deixarem de cumprir os seus contratos ardilosamente e usar o escudo da doença e seus reflexos para se safar de suas responsabilidades, tanto civis quanto penais. Há também o risco de determinados agentes firmarem contratos, a pretexto da situação emergencial, já visando o seu descumprimento, com conseqüente prejuízo para o outro signatário.

Diante de circunstâncias como essas, que somente no futuro teremos resposta, haveria a possibilidade de aplicação da lei penal (estelionato contratual) ou a questão se resolverá apenas na seara cível.

É sabido que a punição penal é a *ultima ratio*, ou seja, devemos submeter as condutas para a sanção na esfera criminal quando realmente necessária e adequada para a devida reprovação.

Assim, certas ações que se afeiçoam a questões penais acabam sendo deslocadas para o juízo cível visando ao deslinde da pendenga, sob o argumento acima, muito embora essas ações possam ser claramente punidas no âmbito penal.

O STJ possui precedentes no sentido de reconhecer que o contrato pode ser usado para a prática de estelionato, o que pode dar azo à persecução penal de certas condutas, que inicialmente se afeiçoam a ilícitos civis.

¹ Sócio do Escritório ANDRADA Sociedade de Advogados. Mestre em direito pela UFGM. Professor da Universidade FUMEC. Professor de Direito Penal da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Membro da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/MG.

Portanto, em momentos históricos como o presente onde as relações estão abaladas em decorrência da pandemia, pessoas mal intencionadas podem tentar se valer de um descumprimento contratual, agindo arditamente, para obter vantagem indevida.

Não se pode fechar os olhos para as dificuldades que muitos terão para honrar os seus compromissos, mas nesses tempos de pandemia, de desarranjo econômico e social, o terreno pode ser fértil para agentes obterem vantagem indevida através de ardil contratual.

Sobre a questão pontifica Luiz Régis Prado²:

“Ainda nesse contexto, impõe-se mencionar algo sobre a problemática distinção entre fraude penal e fraude civil. Nas relações econômicas diárias, é comum e até tolerável a malícia entre as partes, cada qual valorizando o seu produto, para melhor vendê-lo, ou depreciando o objeto alheio, para melhor comprá-lo. No entanto, o emprego de meio fraudulento, levando outrem a incorrer em erro, com a consequente obtenção de vantagem ilícita por parte do iludente e acarretando prejuízo patrimonial ao enganado, insere-se no âmbito da fraude, que pode acarretar meras consequências civis, como a anulação do contrato, cumulada com perdas e danos (art. 171, II e 443, CC), ou, dependendo do grau da fraude, amoldar-se no tipo legal descrito no artigo 171 do Código Penal. Na realidade, a fraude é única, e a propalada diferença é apenas de grau de quantidade.

Assevera-se, ao analisar todas as teorias que versam sobre o tema, que “o critério menos precário é o que pode ser assim fixado: há quase sempre fraude penal quando, relativamente idôneo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a ideia preconcebida, o propósito ab initio da frustração do equivalente econômico. Com exceção da hipótese do ardil grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o inadimplemento

² PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, volume 2 – 3. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

preordenado ou preconcebido é talvez o menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno contestado da fraude”.

No mesmo sentido, afirma-se que entre fraude civil e fraude penal – como em geral entre ilícito civil e ilícito penal – não há nenhuma diferença qualitativa; mas tão somente uma diferença quantitativa, no sentido de que a lei penal só intervém para reprimir a fraude quando esta se apresenta com aquela intensidade especial que se traduz no emprego de artifícios e mentiras idôneas. Quando existe tal elemento, estabelecido pela lei positiva para incriminar a fraude, o delito se converte em estelionato. Mas, com essa transferência – que faz com que o fato seja passível de sanção penal, além de civil –, a fraude não muda de natureza.

Data venia, ousou discordar parcialmente do mestre acima citado, quando ele diz que no âmbito civil a malícia entre as partes é admissível, uma vez que em respeito aos deveres anexos aos contratos, como a boa-fé adiante debatida, exige-se lisura dos agentes nas relações negociais privadas.

Assim, o ardil, a malícia, a fraude devem ser repelidas, tanto na esfera cível quanto na seara penal.

Já a doutrina de Guilherme de Souza Nucci expõe³:

“Esperteza nas atividades comerciais: não configura o delito de estelionato, resolvendo-se, se for o caso, na esfera civil. É natural, no âmbito do comércio, o enaltecimento dos produtos colocados à venda, mesmo que sejam de qualidade duvidosa. Cabe ao consumidor ater-se às marcas de confiança, à tradição da empresa e à informação captada. Por outro lado, pode dar margem ao estelionato quando a propaganda chega a extrapolar os limites do razoável, afirmando situações inexistentes,

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

negando garantia outrora prometida, tudo a demonstrar o ânimo de fraude por parte do vendedor ou fornecedor do produto ou serviço.”

O festejado autor até reconhece a possibilidade de “esperteza” nas atividades comerciais de consumo. Também, com o devido acatamento, não podemos concordar com a colocação, pois sendo o consumidor a parte hipossuficiente da relação de consumo, o fornecedor deve obedecer aos ditamos do CDC, em especial o respeito ao consumidor e aos seus direitos englobando como um todo o objeto da relação de consumo.

A par do comentário acima, na doutrina do professor Nucci, também se admite o estelionato quando na relação contratual o agente extrapola os limites do razoável para negociar seus produtos ou serviços.

Também, na linha de admitir o contrato como instrumento para a prática de estelionato a decisão do STJ no RHC 79449/SP, cuja parte essencial da ementa será adiante transcrita:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE MERO INADIMPLEMTO CONTRATUAL E DE AUSÊNCIA DE DOLO DE LUDIBRIAR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MATÉRIAS INCABÍVEIS NA VIA ESTREITA DO WRIT. A EXISTÊNCIA DE CONTRATO INADIMPLIDO NA ESFERA CÍVEL NÃO OBSTA A CONFIGURAÇÃO DE ILÍCITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(...)

O fato de existir um contrato de empréstimo inadimplido não implica, por si só, inexistência de crime de estelionato com mera configuração de ilícito civil. Isto porque as cláusulas contratuais descumpridas podem constituir, justamente, o meio utilizado para induzir a vítima em erro e se obter a vantagem indevida. Precedente.

Frente ao que foi exposto, há plenas condições de enquadramento da conduta contratual de determinados agentes como estelionato.

Deve ser salientado que para a devida adequação típica da conduta de estelionato contratual é necessário o dolo antecedente do envolvido, ou seja, a intenção de induzir o outro contratante ao erro através de ardil.

O mero inadimplemento posterior de um contrato, sem a presença de dolo antecedente, não configura a conduta do art. 171 do CP. Muitas situações de descumprimento contratual atualmente, decorrentes da pandemia, serão fortuitas e, portanto, não terão a potencialidade de gerar a imputação penal.

Pondera-se que, de qualquer forma, sempre que um dos agentes atua com ardil para levar vantagem indevida em um contrato, cometendo estelionato, fere o dever anexo de todo negócio que é a boa-fé objetiva.

No momento em que vivemos atuar com boa-fé é fundamental para bom andamento das relações contratuais.

Sob o ponto de vista penal, o estelionato é caracterizado pela fraude. Onde, a partir dela, o sujeito passivo da relação jurídica é induzido ou mantido em erro para a obtenção da vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Ou seja, consegue-se um benefício ou lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima e essa colabora com o agente sem perceber que está se despojando de seus bens.

Por intermédio de um contrato e no momento de pandemia em que vivemos há a possibilidade de alguém agir de acordo de acordo com a maneira acima, incorrendo em risco de ter a sua conduta enquadrada como crime.

Assim, o elemento subjetivo é que vai esclarecer se a atitude do agente é cível ou penal e vai definir em que esfera será a persecução. O dolo antecedente de obter vantagem é que apontará se o descumprimento contratual foi mero efeito da pandemia ou se o agente atuou com ardil para se locupletar indevidamente e criminalmente.

Portanto, se na sua origem e na sua execução, se o agente obedece ao dever anexo da boa-fé, o inadimplemento contratual não tem o condão de gerar a imputação penal ao contratante. Se o inadimplemento for

fortuito, em decorrência do momento histórico que vivemos, não haverá, em tese, o elemento subjetivo do dolo antecedente.

A boa-fé objetiva é norma de conduta proba. Impõe aos sujeitos de direito uma determinada condução do contrato, seja omissiva ou comissiva, quando de suas relações obrigacionais.

A boa-fé subjetiva é atinente ao fato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. Já a boa-fé objetiva é um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade, proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente.

Deve ser salientado que a boa-fé se presume e a má-fé tem que ser provada.

Assim, apenas o contexto fático (que no momento é extremamente conturbado por conta da pandemia) é que vai definir se a obtenção de vantagem em decorrência de um contrato será ou não enquadrada como crime.

Fugindo um pouco da pandemia, uma aplicação interessante que podemos citar para o enquadramento do estelionato contratual é o acordo de colaboração premiada, de modo que os signatários não podem usar de ardil para a obtenção de vantagens processuais penais.

Sobre o tema interessante texto de Alexandre Morais da Rosa e Antônio Tovo, publicado no site jurídico Conjur, diz:

“Refletamos sobre a seguinte situação: há investigados que possuem recursos e meios aptos a induzir em erro a Polícia ou o Ministério Público, levando-os a fornecer benefícios jurídicos apoiados em falsas premissas. A omissão de informação relevante pelo imputado pode configurar um artifício ou ardil perpetrado no curso das tratativas de colaboração premiada. Há um conhecido precedente nos EUA, o caso de Lynn DeJac Peters, que foi acusada e condenada injustamente pelo homicídio de sua filha.”

Nesta situação, os promotores foram induzidos em erro pelo depoimento de Dennis Donohue, ex-namorado de Lynn, que negociou e obteve imunidade dos procuradores ao comprometer-se a testemunhar contra a ex-companheira. No ano de 2007, depois de Lynn cumprir 13 anos de pena, exames de DNA indicaram que o colaborador era o verdadeiro responsável e que Lynn era inocente.

A indução em erro também pode ser cometida pelo agente policial ou membro do Ministério Público, ao blefar ou adulterar determinados aspectos da conjuntura fática, induzindo em erro o candidato a delação. Nesse contexto, o agente do Estado está criando uma condição de desequilíbrio (contratual, se poderia dizer) para formalizar um acordo que não seria fechado sem essa falsa percepção da realidade. Embora tenhamos uma longa estrada para sedimentar os parâmetros de aplicação da colaboração premiada, certamente nosso sistema jurídico não comporta práticas fraudulentas de agentes de Estado, em nome de uma pretensa intensificação da repressão ao crime.

A analogia com o estelionato contratual encaixa-se bem nos dois exemplos: temos o elemento fraudulento (manipulação ou omissão de informações) que provoca engano (representação distorcida da realidade) da contraparte e resulta em uma negociação desvantajosa ou que implique em concessão desproporcional de benefícios processuais.”⁴

Frente ao que foi exposto, com a devida temperança, é possível a aproximação entre o direito contratual e o direito penal para o enquadramento de certas condutas como estelionato contratual, especialmente para apurar certas ações de agentes, que se valendo do manto da situação caótica

⁴ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-20/limite-penal-logica-estelionato-contratual-usada-delacoes>, acesso em julho de 2020.

decorrente da pandemia, obtém vantagem indevida, induzindo o outro contratante a erro.

REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, volume 2 – 3. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; TOVO, Alexandre. A lógica do estelionato contratual pode ser usada nas colaborações premiadas? Disponível em www.conjur.com.br.