

A CRIMINALIZAÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL E A CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NOS TRIBUNAIS ACERCA DA MATÉRIA

Pedro Moreira Aguiar de Brito

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.
Advogado.

Resumo – a conduta batizada de estelionato judicial, consistente em utilizar o processo judicial de maneira fraudulenta para ludibriar o juiz e, assim, obter uma vantagem ilícita, é considerada atípica pela maior parte dos tribunais brasileiros. Diante disso, busca-se no presente trabalho evidenciar a prejudicialidade desse entendimento dominante na jurisprudência. Para tanto, faz-se uma análise dos principais argumentos exarados nas decisões dos tribunais superiores, a fim de se demonstrar que a criminalização do estelionato judicial é medida que se impõe, adequando-se à melhor técnica jurídica e aos institutos e princípios do Direito Penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes Patrimoniais. Estelionato. Estelionato Judicial.

Sumário – Introdução. 1. Subsunção do Estelionato Judicial à norma incriminadora do art. 171 do Código Penal. 2. A compatibilidade entre a natureza dialética do processo judicial e o crime de Estelionato. 3. Adequação do Estelionato Judicial ao princípio da intervenção mínima. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica, através de uma abordagem crítica da jurisprudência dominante nos tribunais, enfoca a temática da tipicidade do estelionato judicial, ou seja, a possibilidade de se enquadrar no crime de estelionato (art. 171 do Código Penal) a prática cada vez mais frequente de se utilizar o processo judicial, de maneira fraudulenta, como um instrumento para a obtenção de uma vantagem ilícita. Essa prática acaba por extrapolar os prejuízos patrimoniais à parte contrária no processo, atentando contra o próprio funcionamento do Poder Judiciário, estrutura essencial para um Estado Democrático de Direito.

Trata-se de uma nova modalidade de fraude, que vem ganhando notoriedade no Brasil, principalmente a partir da primeira década do século XXI. O Poder Judiciário, desde então, enfrenta um número crescente de demandas, em especial no campo previdenciário, tributário e trabalhista, nas quais a parte se vale de documentos falsos, ou qualquer outro meio ardil, a fim de obter vantagens ilícitas por meio de um provimento judicial.

Não obstante a reiteração cada vez maior dessa prática, denominada estelionato judicial, a jurisprudência pátria tem consolidado o entendimento, consagrado em diversos julgados dos tribunais superiores, no sentido da atipicidade dessa conduta.

Em face disso, o processo judicial vem se tornando um instrumento atraente para esse comportamento criminoso, o que acarreta um verdadeiro desprestígio do Poder Judiciário aos olhos dos jurisdicionados, e, conseqüentemente, acaba por ameaçar o próprio direito fundamental de acesso à justiça.

O tema é complexo e demanda a análise de três questões principais: apesar da conduta conhecida como estelionato judicial não contar com previsão legal específica na legislação penal, definindo-a como crime, seria possível o seu enquadramento, em tese, no art. 171 do Código Penal, que prevê o crime de estelionato? A natureza dialética do processo judicial torna a via judicial um meio inidôneo para prática do crime de estelionato? Como o estelionato judicial é combatido através do Código de Processo Civil, que prevê a multa por litigância de má-fé, ou até, por meio de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Advocacia, deveria o Direito Penal, em atenção ao princípio da intervenção mínima, se preocupar com essa conduta?

Através da análise minuciosa desses pontos essenciais, busca-se criticar a posição dominante na jurisprudência pátria no sentido de não admitir a prática do delito de estelionato por meio do processo judicial, evidenciando a prejudicialidade e atecnia desse entendimento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação dos aspectos elementares do crime de estelionato, a fim de se demonstrar que, apesar da ausência de previsão específica na legislação penal a respeito do estelionato judicial, a conduta se amolda perfeitamente ao tipo legal previsto no art. 171 do Código Penal.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se comprovar que o juiz não está insuscetível ao erro, de forma que o processo judicial, apesar das suas características próprias, trata-se de meio apto e eficaz para ludibriar o magistrado e obter-se uma vantagem ilícita.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se defender a compatibilidade da criminalização do estelionato judicial com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, por meio de uma análise a respeito da insuficiência dos outros ramos do Direito para reprimir a conduta em questão e proteger os bens jurídicos por ela ameaçados.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, na medida em que se utilizará da bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentação da tese.

O desenvolvimento da pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais se apresentem mais viáveis e adequadas para análise do objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.



Dessa forma, através da metodologia apontada e de um recorte epistemológico que confira sistematicidade e cientificidade, busca-se garantir que a pesquisa desenvolvida contribua para a comunidade científica e instigue os operadores do Direito a explorarem o tema.

1. SUBSUNÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL À NORMA INCRIMINADORA DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL

O tipo penal do estelionato vem disposto no artigo 171 do Código Penal¹. Trata-se de figura delituosa na qual o autor do fato, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, induz ou mantém alguém em erro, obtendo, assim, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio.

Por sua vez, a conduta conhecida como estelionato judicial, ou estelionato processual, consiste na utilização do processo judicial de maneira fraudulenta, de modo a ludibriar o juiz e, com isso, obter vantagem ilícita através de um provimento judicial favorável. Nas palavras de Luiz Regis Prado²:

tem sido admitida pela doutrina estrangeira a possibilidade do estelionato processual, sobretudo no processo civil, quando uma parte, com sua conduta fraudulenta ou enganosa, realizada com ânimo de lucro, induz o juiz em erro e, este último, como consequência, profere sentença injusta que causa prejuízo patrimonial à parte contrária ou a terceiro.

Percebe-se, portanto, que a única peculiaridade entre o delito de estelionato, tipificado no Código Penal, e o estelionato judicial é que este último caracteriza-se pela utilização do processo judicial como instrumento para emprego da fraude.

A fim de se demonstrar que a conduta denominada estelionato judicial se amolda perfeitamente ao tipo penal do estelionato, inicia-se uma análise dos elementos indispensáveis para configuração desse delito.

Segundo Rogério Greco³, os elementos que integram a figura típica do estelionato são:

a) conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; b) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro; c) a vítima é induzida ou mantida em erro; d) o agente se vale de um artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim.

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 410.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 12. ed. V. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 237.

De início, cumpre destacar que o estelionato é um crime comum, de forma que qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito, inclusive aquele que é autor ou réu em processo judicial.

Enfatiza-se, ainda, como bem aponta Cleber Masson⁴, que tanto a pessoa responsável pela fraude, como aquela que dela se beneficiou, podem figurar como autores do crime. Em regra, essas condições se reúnem em uma mesma pessoa, mas como o tipo penal permite que a vantagem ilícita seja obtida em proveito de outrem, nada impede, por exemplo, que tanto a pessoa que figura como parte em processo judicial, como seu advogado, apareçam sozinhos, ou em coautoria, como sujeitos ativos do estelionato.

Quanto ao sujeito passivo do estelionato, será aquela pessoa induzida em erro, que sofreu o desfalque patrimonial. No entanto, no estelionato judicial o juiz é induzido em erro, ao passo que a parte contrária no processo é quem sofre o prejuízo econômico, razão pela qual questiona-se se o estelionato judicial poderia se enquadrar no tipo descrito no artigo 171 do Código Penal.

Nesse ponto, Gilaberte⁵ deixa claro que no estelionato a pessoa enganada e a pessoa que sofre o prejuízo podem ser pessoas distintas, o que acontece, por exemplo, quando o estelionatário engana o empregado de um estabelecimento para obter mercadoria a que não tinha direito, situação na qual embora a pessoa induzida a erro seja o funcionário, quem sofreu o prejuízo decorrente do crime foi o proprietário do estabelecimento.

A lei não exige que tais condições se reúnam em uma só pessoa. Aliás, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal⁶ entende que no crime de estelionato o sujeito passivo pode ser tanto quem é enganado pela fraude, quanto quem suporta o desfalque patrimonial, ainda que um desses seja ente público:

pensão recebida após o falecimento da pensionista. Recursos sob a administração militar. Competência da justiça militar. Estelionato. Sujeito passivo. Estelionato praticado por pessoa que, mediante assinatura falsa, se fez passar por pensionista falecida para continuar recebendo os proventos de pensão militar depositados no Banco do Brasil. (...). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o sujeito passivo, no crime de estelionato, tanto pode ser a pessoa enganada quanto a prejudicada, ainda que uma seja ente público. Ordem denegada.

⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial* (arts. 121 a 212). 13. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2021, p. 526.

⁵ GILABERTE, Bruno. *Crimes contra o patrimônio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 263.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84735*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358056>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



Com isso, evidente que não se pode afastar o crime de estelionato apenas pelo fato de o magistrado ser a pessoa enganada, mas a parte adversária no processo ser quem sofre o prejuízo.

Outro aspecto indispensável do estelionato é a vantagem ilícita obtida através da fraude. Muito se discute na doutrina a respeito da natureza dessa vantagem ilícita exigida pelo tipo penal. Enquanto alguns, como Regis Prado⁷, sustentam que essa vantagem ilícita consubstancia-se em qualquer benefício contrário ao direito, ainda que sem cunho patrimonial, outra parte da doutrina, a exemplo de Rogério Greco⁸, discorda, exigindo para configuração do estelionato que a vantagem ilícita seja passível de apreciação econômica.

Não obstante essa controvérsia, ainda que se adote a corrente que exige o cunho econômico da vantagem obtida, é indubitável que uma sentença judicial tem natureza patrimonial, em especial quando se está diante de uma sentença condenatória. Não à toa, o artigo 291 do Código de Processo Civil⁹ determina que toda petição inicial atribua valor certo a causa.

Simultaneamente, o estelionato também exige que a essa vantagem ilícita corresponda um prejuízo da vítima. Por óbvio, no processo judicial contencioso, em razão de sua natureza adversarial, quando o autor do estelionato judicial obtém uma sentença favorável, essa mesma sentença será desfavorável, no todo ou em parte, para parte contrária no processo. Com efeito, evidente o prejuízo do sujeito passivo no estelionato judicial, seja na qualidade de autor da demanda, situação em que deixará de obter um direito ao qual fazia jus, ou na qualidade de réu, hipótese em que terá que arcar com o ônus de uma condenação judicial.

Por fim, como bem explica Luiz Regis Prado¹⁰, o estelionato exige um duplo nexo de causalidade para a sua configuração, “já que inicialmente o agente ludibria a vítima, através da fraude, figurando esta como causa e o engano como efeito e, a seguir, aflora um segundo nexo entre o erro, como causa, e a obtenção da vantagem ilícita e o consequente dano, como efeito”.

É exatamente o que acontece no estelionato judicial, isto é, o agente faz uso do processo judicial para veicular a fraude e, em razão dessa fraude, o magistrado é induzido em erro, ou seja, levado a uma falsa percepção dos fatos, o que o faz proferir uma decisão judicial injusta, favorável ao autor do estelionato judicial, acarretando prejuízo à parte contrária no processo.

⁷ PRADO, op. cit., p. 413.

⁸ GRECO, op. cit., p. 238.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁰ PRADO, op. cit., p. 412.



No entanto, aqui reside o principal argumento que justifica a resistência da jurisprudência majoritária em enquadrar o estelionato judicial no tipo penal do estelionato. Conforme dispõe Gilaberte¹¹, em sua obra, o estelionato “trata-se de crime de forma livre, admitindo uma variada gama de meios fraudulentos, tão vasta quanto à capacidade humana de imaginar formas de locupletamento ilícito, jamais superestimada”. Dessa forma, presume-se que, ao menos em tese, o processo judicial deveria ser admitido como meio fraudulento apto para prática do estelionato. Contudo, esse não é o entendimento da maciça maioria dos tribunais brasileiros, que entendem que o processo judicial, por efeito da sua natureza e características peculiares, não seria um meio idôneo para induzir o juiz em erro e, conseqüentemente, configurar o crime previsto no artigo 171 do Código Penal.

Em razão disso, essa controvérsia merece atenção especial, motivo pelo qual o assunto deve ser tratado em capítulo autônomo.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE A NATUREZA DIALÉTICA DO PROCESSO JUDICIAL E O CRIME DE ESTELIONATO

Analisando-se o tipo penal do estelionato, destacou-se que se trata de um crime de forma livre, de modo que o delito poderia ser praticado por qualquer meio capaz de ludibriar a vítima. Conforme aponta Luiz Regis Prado¹²:

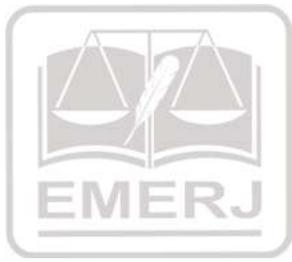
além da enumeração exemplificativa – artifício ou ardil – o legislador utiliza-se da fórmula genérica qualquer outro meio fraudulento, dando margem ao emprego de interpretação analógica. (...). Destarte, qualquer conduta dolosa do agente, revestida de fraude, que tenha levado o sujeito passivo a incorrer ou a manter-se em erro, com a obtenção da vantagem ilícita e a conseqüente lesão patrimonial, amolda-se ao tipo em epígrafe [...].

Entretanto, a posição majoritária nos tribunais nacionais afirma que o processo judicial, pelas características a ele inerentes, seria um meio incapaz de induzir o juiz em erro. Os argumentos que sustentam esse entendimento podem ser elucidados com a leitura do seguinte trecho do acórdão proferido pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça¹³:

¹¹ GILABERTE, op. cit., p. 264.

¹² PRADO, op. cit., p. 415.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1101914/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802339830&dt_publicacao=21/03/2012>. Acesso em: 29 ago. 2021.



em decorrência do exercício do direito de ação, tem-se que o processo é dialético, possibilitando o controle pela parte contrária, através do exercício da defesa e do contraditório, bem como da interposição dos recursos previstos na Constituição e na lei processual. E, mais, que o magistrado não está obrigado a atender os pleitos formulados, não estando a eles vinculados. Tais circunstâncias são incompatíveis, penso, com a ideia de ardil, ou de indução em erro do julgador em feito judicial.

Percebe-se, portanto, que essa corrente predominante na jurisprudência reconhece o estelionato judicial como um crime impossível, compreendido, nos termos do art. 17 do Código Penal¹⁴, como aquele que, por absoluta impropriedade do meio ou do objeto, não pode atingir sua consumação.

Segundo Cleber Masson¹⁵, “dá-se a ineficácia absoluta quando o meio de execução utilizado pelo agente é, por sua natureza ou essência, incapaz de produzir o resultado, por mais reiterado que seja seu emprego”.

Em resumo, essa corrente baseia-se na característica dialética do processo judicial, que permite o contraditório e a interposição de recurso, para sustentar que a via processual é um meio totalmente ineficaz para enganar o juiz.

Ocorre que a análise da aptidão do processo para ludibriar o magistrado não pode ser feita de forma genérica, sob pena de ignorar imensa diversidade de técnicas fraudulentas que podem ser empregadas dentro de uma demanda judicial. Nessa perspectiva, vale novamente ressaltar as lições de Masson¹⁶:

a inidoneidade do meio deve ser analisada no caso concreto, e jamais em abstrato. O emprego de açúcar no lugar de veneno para matar alguém pode constituir-se em meio absolutamente ineficaz em relação à ampla maioria das pessoas. É capaz, todavia, de eliminar a vida de um diabético, ainda quando ministrado em pequena dose.

A mesma lógica aplica-se aqui, ao estelionato judicial. Isto é, não se pode equiparar a conduta de alguém que invoca causa de pedir remota inexistente para alcançar êxito em um litígio judicial com a de uma pessoa que falsifica documentos. Por óbvio, o potencial ludibriante da segunda conduta é muito maior, já que enquanto a primeira pode ser facilmente rechaçada através do contraditório e da produção de outras provas, a segunda muitas vezes só consegue ser descoberta através de uma perícia técnica.

Importante frisar, nesse ponto, que o magistrado, como qualquer outro ser humano, está suscetível ao equívoco, bem como a ser levado ao equívoco por uma distorção da realidade

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 14. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2020, p. 313.

¹⁶ Ibid.



provocada pela fraude. Dessa forma, como bem dispõe Nilo Batista¹⁷, não há que se falar em inidoneidade presuntiva do juiz para ser ludibriado. Aliás, caso assim não fosse, também não poderia se falar nos crimes de falso testemunho do art. 342 do CP e fraude processual do art. 347 do CP.

Em vista dessas críticas, os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça deram início a uma flexibilização no entendimento da atipicidade do estelionato judicial, posicionando-se no sentido de que a conduta apenas será atípica se for possível ao magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizam a fraude. Nesse sentido, destaca-se o trecho de precedente da sexta turma¹⁸, julgado em maio de 2021:

As nuances de cada caso tem de ser verificadas, pois nem sempre o uso do processo se revela como meio absolutamente impossível à obtenção de sentença e de vantagem ilícita pelos agentes do estelionato; (...). Por isso: quando não é possível ao magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizam a fraude, é viável a configuração do crime de estelionato (...). (...) consta da própria denúncia que os magistrados das Varas Cíveis desconfiaram dos advogados e oficiaram à Presidência do Tribunal de Justiça, que em correição extraordinária analisou os processos e determinou investigações, por meio das quais foram descobertas as falsificações de procurações. Assim, a inidoneidade do meio empregado (ajuizamento de ações indenizatórias) está reconhecida na própria exordial acusatória.

Não obstante essa evolução no posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores, a imprecisão técnica permanece. Ao condicionar a tipicidade do delito de estelionato judicial à possibilidade do magistrado, durante o processo, ter acesso às informações caracterizadoras da fraude, na verdade, o Superior Tribunal de Justiça está fazendo uma confusão entre os conceitos de crime impossível e tentativa.

Como ensina Rogério Sanches¹⁹, o Código Penal brasileiro adota a teoria objetiva temperada ou intermediária, de modo que a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que fique caracterizado o crime impossível, com a consequente atipicidade da conduta. Sendo apenas relativa a impropriedade, resta configurada a tentativa, punida nos moldes do art. 14, II, do CP.

Para entender melhor essa questão, cumpre traçar um paralelo com o estelionato cometido dentro de um restaurante equipado com câmeras de vigilância eletrônica, no qual o cliente adultera a comanda para pagar menos. Em tese, o proprietário tem no dispositivo de

¹⁷ BATISTA, Nilo. Estelionato judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 638, p. 255-259, dez. 1988.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC nº 100912/RJ*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801840731&dtpublicacao=26/05/2021>. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1 ao 120). 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 366.



vigilância um instrumento para impedir que seja ludibriado pela fraude. Contudo, a simples existência das câmeras no local não faz da situação uma hipótese de crime impossível. O fato de o proprietário resolver checar as filmagens antes do agente obter a vantagem ilícita, apesar de impedir a consumação do delito, não faz com que a conduta seja atípica, mas apenas com que o crime seja punido na modalidade tentada. Isso, porque o meio empregado era, a princípio, apto a ludibriar a vítima, não tendo o crime se consumado por circunstâncias alheias a vontade do agente. Basta pensar que se, por um acaso do destino, o dono do estabelecimento não tivesse checado a câmera de segurança, o crime teria se consumado.

Dessa forma entende Cleber Masson²⁰, dizendo ser possível a tentativa de estelionato em três situações distintas, sendo a primeira aquela em que o sujeito emprega o meio fraudulento, mas não consegue enganar a vítima. Para o autor, nessa hipótese, só não se caracterizará o *conatus* se a fraude era totalmente inapta a ludibriar o ofendido, em face da absoluta ineficácia do meio de execução.

Quanto a isso, importante mencionar que uma parte da doutrina considera como início da execução do estelionato o momento em que a vítima é induzida em erro, de forma que antes de ludibriado o sujeito passivo, todos os atos praticados seriam apenas atos preparatórios, não havendo que se falar em tentativa. Como defensores dessa corrente, pode-se citar Cezar Roberto Bitencourt²¹, que afirma categoricamente que:

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

De todo modo, ainda que se adote esta última corrente, a impropriedade técnica na jurisprudência das cortes superiores se mantém. A única diferença é que, para essa corrente, a confusão não se dará entre crime impossível e tentativa, mas sim entre crime impossível e atos preparatórios.

Ou seja, retornando-se ao exemplo anterior, das câmeras de vigilância. Mesmo que se adote a posição de Cezar Bitencourt, não se chega à conclusão de que a conduta será atípica pela mera possibilidade da vítima ter acesso a instrumentos que poderiam evidenciar a fraude. De fato, no caso do proprietário efetivamente checar as câmeras, evitando que seja ludibriado, a conduta não será punida, nem mesmo na forma tentada. Isso, porém, não ocorreria por se estar

²⁰ MASSON, op. cit., 2021, p. 533-534.

²¹ BITENCOURT apud ibid., p. 534.

diante de crime impossível, e sim, porque essa corrente doutrinária considera que apenas teriam ocorrido atos preparatórios, já que o início da execução do delito de estelionato se daria com o efetivo engano da vítima. Tanto é assim, que se a filmagem não fosse checada e o dono do estabelecimento fosse levado ao erro, poderia vir a se consumir o crime com a obtenção da vantagem ilícita, razão pela qual também não há que se falar aqui em crime impossível por absoluta inidoneidade do meio de execução.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado quando se está diante do estelionato judicial. Inquestionável que no processo judicial o juiz conta com mecanismos, tais como a perícia técnica, a expedição de ofício e o contraditório das partes, que permitem, ao menos na maior parte das vezes, que tenha acesso aos elementos que caracterizam a fraude. Contudo, a mera possibilidade, em tese, do juiz, através de uma atuação diligente, desmascarar a conduta fraudulenta, não torna impossível a consumação do estelionato. Em outras palavras, embora isso torne a via processual um meio mais difícil para ludibriar o magistrado, não o torna absolutamente inidôneo para tal.

Condicionar a tipicidade do estelionato judicial à possibilidade do juiz ter acesso às informações da fraude durante o curso do processo retoma a ideia do juiz infalível, superhumano, na medida em que considera que todas as vezes que o magistrado se depara com uma fraude, por mais complexa que seja, despertará sua desconfiança e tomará as medidas necessárias para evidenciá-la, impedindo a consumação do delito. Tal visão, evidentemente, é meramente utópica e não se coaduna com a realidade prática do Poder Judiciário, sobrecarregado de demandas judiciais.

Com efeito, não importa qual a corrente adotada, no que diz respeito ao momento em que se inicia a execução do estelionato, pois por todos os ângulos a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema não se sustenta.

3. ADEQUAÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Existe, ainda, um outro argumento basilar adotado pela jurisprudência dos tribunais superiores para afastar a tipicidade do estelionato judicial. Trata-se do princípio da *ultima ratio*, também chamado de princípio da intervenção mínima.

Segundo Bitencourt²², esse princípio pode ser definido como aquele que:

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.



limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Dessa forma, entende o Superior Tribunal de Justiça que a conduta conhecida como estelionato judicial é suficientemente combatida através da aplicação de multa por litigância de má-fé, prevista no Código de Processo Civil, bem como através de punições administrativas no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), razão pela qual dispensa a atenção do Direito Penal. A exemplo disso, vale citar passagem de mais um acórdão proferido pela sexta turma²³:

destaque-se, por fim, que o Direito Penal é a *ultima ratio*, não devendo se ocupar de questões que encontram resposta no âmbito extrapenal, não sendo demais lembrar que o Código de Processo Civil prevê a punição para a litigância de má-fé nos artigos 14 a 18 [artigos que referem-se a o Código de Processo Civil de 1973], sem se falar na possibilidade de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

No entanto, esse não é o melhor entendimento. Como se passará a expor, o estelionato executado por meio do processo judicial clama por uma atenção especial do Direito Penal.

Em primeiro lugar, como em todo estelionato, é inegável que um dos bens jurídicos ameaçados pelo estelionato judicial é o patrimônio. Esse interesse jurídico tem tanta relevância no ordenamento pátrio, que algumas das maiores penas cominadas em abstrato estão dentro do título II do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio.

A conduta, porém, não se esgota na lesão ao patrimônio. A prática atenta contra a própria Administração da Justiça, prejudicando a lisura do processo judicial e, conseqüentemente, o provimento jurisdicional.

Ressalta-se, nesse ponto, que há todo um capítulo no Código Penal destinado a delitos que tem como função precípua tutelar, única e exclusivamente, a Administração da Justiça, como é o caso do falso testemunho e da fraude processual, previstos nos seus artigos 342 e 347, respectivamente.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 50737/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402100384&dt_publicacao=09/03/2015>. Acesso em: 01 set. 2021.



Sendo assim, percebe-se que o estelionato judicial é uma conduta que atinge não apenas um, mas dois bens jurídicos de extrema relevância para o Direito Penal.

É por isso, aliás, que pode-se dizer com tranquilidade que a conduta não só se enquadra no tipo penal do estelionato, como se enquadra perfeitamente na sua forma majorada, prevista no §3º do art. 171 do Código Penal²⁴, a qual dispõe que “a pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência”.

Rogério Greco²⁵ aponta que essa causa de aumento confere uma maior reprovabilidade ao comportamento, levando em conta o sujeito passivo do delito. Para o autor, apesar da vítima ser uma entidade determinada, como estas prestam um serviço essencial à sociedade, os prejuízos causados a esses entes acabam, por via reflexa, atingindo a própria coletividade.

É justamente o que acontece no estelionato judicial. Embora o ludibriado seja o magistrado, como este é um órgão de apresentação estatal, responsável por exercer uma função própria de Estado, as fraudes cometidas dentro do processo acabam por afetar, em última instância, o próprio acesso à justiça.

A propósito, esse posicionamento vem encontrando respaldo em alguns julgados mais recentes de certos tribunais brasileiros, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁶:

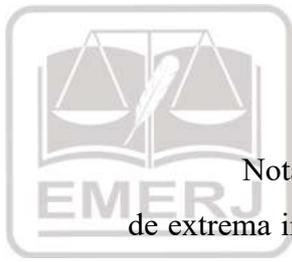
por certo não se desconhece a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial sustentando que o denominado “estelionato judicial” é conduta atípica, entretanto, posiciono-me no sentido de que a conduta de advogados que, valendo-se de práticas fraudulentas, ajuízam ações indenizatórias, induzindo a erro o Poder Judiciário, com o fim de se apropriarem indevidamente de indenizações, configura o tipo legal constante no artigo 171, § 3º, do Código Penal, visto que o Magistrado é passível de ser induzido em erro dolosamente gerado.

Deve-se recordar, aqui, conforme visto no capítulo I desse trabalho, que é pacífico na jurisprudência e na doutrina a possibilidade de tanto a pessoa enganada como a pessoa que sofreu o desfalque patrimonial serem sujeitos passivos do estelionato, ainda que uma dessas seja uma pessoa jurídica de direito público.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ GRECO, op. cit., p. 252-253.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0150706-02.2014.8.19.0001*. Relator: Desembargador Antonio Jose Ferreira Carvalho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E93AC63175BDA48A57FA3C4FF72A6522C50E2020442E>>. Acesso em: 01 set. 2021.



Nota-se, portanto, que o estelionato judicial, além de tutelar dois interesses jurídicos de extrema importância no ordenamento pátrio, insere-se na forma majorada do delito do art. 171 do Código Penal.

Soma-se a isso, o fato de que é notório que nem todas as fraudes perpetradas no processo judicial podem ser satisfatoriamente combatidas apenas através de sanções cíveis ou administrativas, necessitando de reprimenda também na seara penal.

Nélson Hungria²⁷ ajuda a entender melhor o tema ao traçar a distinção entre delito civil e delito penal:

no que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. (...). A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença unicamente de grau ou quantidade. A este critério relativo, e somente a ele, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual.

Por conta disso é que Regis Prado²⁸ assevera que está na política criminal a explicação para que sobre um ato fraudulento recaia uma sanção meramente civil, e sobre outro, também revestido de fraude, incida uma reprimenda penal, cabendo ao Estado juiz, no caso concreto, determinar a diferenciação entre a fraude penal e a civil.

Há, então, que se discernir práticas que podem ser coibidas através de uma simples aplicação de multa civil, de outras que merecem atenção especial do Direito Penal. Ou seja, não pode a jurisprudência igualar a prática de uma pessoa que faz alegações falsas no processo, ou usa do recurso como forma de protelar a decisão final, com a conduta de alguém que, por exemplo, falsifica declaração de união estável para obter, perante o Poder Judiciário, meação a qual não tem direito.

No exemplo acima, enquanto a multa por litigância de má-fé cumprirá o papel de reprimir e desencorajar a conduta no primeiro caso, não se pode dizer o mesmo no segundo caso, que evidentemente caracteriza uma fraude com maior potencial lesivo, capaz de afetar o próprio funcionamento da justiça, devendo, assim, ser coibida de forma mais severa.

Como bem dispõe Magalhães Noronha²⁹:

o mundo moderno oferece clima propício ao estelionato, pela multiplicidade de relações jurídicas que a expansão econômica e o desenvolvimento das atividades

²⁷ HUNGRIA apud GRECO, op. cit., p. 237.

²⁸ PRADO, op. cit., p. 418.

²⁹ NORONHA apud CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 340.

humanas impõem. Ora, o equilíbrio e a harmonia social exigem que essas relações se assentem sobre o pressuposto da boa-fé, e daí o objetivo particular da lei de tutelá-la, ameaçando com a pena as violações da lisura, da honestidade que, como imperativo constante, deve reinar nas relações jurídicas, em torno das quais a vida hodierna se agita. Esse interesse é eminentemente social [...].

Logo, se o Direito Penal se preocupa com a lealdade nas relações jurídicas do cotidiano moderno, como na situação em que um motorista engana o frentista do posto para abastecer seu veículo, não tendo nenhuma pretensão de pagar o valor correspondente, com muito mais certeza deverá se preocupar quando a fraude atenta contra a lisura do processo judicial, instrumento essencial para execução da função jurisdicional.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, a pesquisa apresentada buscou evidenciar a necessidade de uma transformação no posicionamento dos tribunais brasileiros quanto à tipicidade do estelionato cometido através do processo judicial.

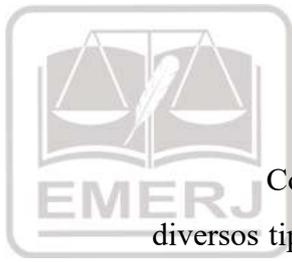
Verificou-se que a conduta conhecida como estelionato judicial, apesar de não contar com tipo penal próprio no ordenamento jurídico pátrio, se enquadra perfeitamente no delito previsto no art. 171 do Código Penal.

Assim, não há necessidade de inovações legislativas para que a prática seja coibida e os autores dessa conduta sejam responsabilizados criminalmente, bastando, apenas, uma mudança na jurisprudência, abandonando-se a posição antiquada que ainda predomina nas cortes do país.

Como se constatou, a ideia ultrapassada de que o processo judicial seria um meio ineficaz para ludibriar o magistrado, a qual remete à ideia de um juiz infalível, sobre-humano, traz consequências nocivas que não podem ser ignoradas.

Ademais, viu-se que a conduta em questão atinge não só um, mas dois bens jurídicos de extrema importância no sistema jurídico nacional, os quais necessitam de uma proteção do Direito Penal, uma vez que a mera aplicação de multa civil e sanção administrativa não se mostram suficientes.

Destacou-se, ainda, que a convicção sustentada neste trabalho vem encontrando respaldo em julgamentos esparsos nos tribunais, mas que ainda se apresentam como uma tímida corrente face a maioria esmagadora da jurisprudência, que se posiciona em sentido contrário ao aqui defendido.



Com efeito, conclui-se que a farta criatividade da mente humana para tramar os mais diversos tipos de fraude, aliada a um número expressivo de processos que assoberba o Poder Judiciário e à parca repressão do autor do estelionato judicial, não pode continuar sendo desprezada pelo Estado-juiz.

Afinal, o alastramento da prática do estelionato judicial, se não combatido, inevitavelmente acarretará na desconfiança do jurisdicionado frente às decisões judiciais, com a consequente desmoralização do próprio Poder Judiciário, instituição essencial para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Estelionato judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 638, p. 255-259, dez. 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

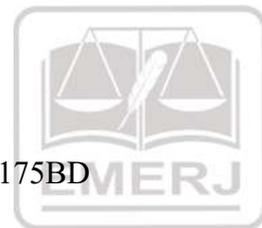
_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84735*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358056>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1101914/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802339830&dt_publicacao=21/03/2012>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC n° 100912/RJ*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801840731&dt_publicacao=26/05/2021>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 50737/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402100384&dt_publicacao=09/03/2015>. Acesso em: 01 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0150706-02.2014.8.19.0001*. Relator: Desembargador Antonio Jose Ferreira Carvalho. Disponível em:



<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E93AC63175BDA48A57FA3C4FF72A6522C50E2020442E>>. Acesso em: 01 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1 ao 120). 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GILABERTE, Bruno. *Crimes contra o patrimônio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 12. ed. V. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 14. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2020.

_____. *Direito Penal: parte especial* (arts. 121 a 212). 13. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial*, arts. 121 a 249. 8. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.