

DA FRAUDE PENAL E DA FRAUDE CIVIL

José Antônio TIBÚRCIO

INTRODUÇÃO

A questão básica que propomos estudar no presente trabalho é constituída pelas distinções acaso existentes entre as chamadas **fraude civil e fraude penal**. Entretanto, para uma melhor análise do que seja o procedimento da **fraude**, para posteriormente vislumbrá-la à luz do Direito Civil e do Direito Penal e assim atingirmos nosso objetivo, abordaremos "ab initio" o seu conceito e caracteres históricos, a fim de que também possamos obter uma visão mais global acerca do tema. É o que veremos a seguir.

II. CONCEITO DE FRAUDE.

Várias são as fontes e autores que nos fornecem um conceito de **fraude**. Para VON LISZT, "fraude é essencialmente, a lesão patrimonial realizada por meio de malicioso engano."

O Código Prussiano de 1851 rezava em seu Parágrafo 241 que "culpado de fraude é aquele que, com o fim de obter uma vantagem, provoca um erro prejudicial aos bens alheios, seja alegando fatos falsos, seja alterando ou suprimindo fatos verdadeiros".

Já o Código Penal do Império Germânico de 1870 dispunha em seu § 263 que "é punido por fraude entre os alemães "betrug" - aquele que com a intenção de procurar para si ou para

terceiro, lucro ilícito, causa dano aos bens alheios, provocando ou mantendo alguém em erro, quer mediante simulação de fatos falsos, quer alterando ou dissimulando fatos verdadeiros”.

Entre nós, o Código Penal de 1890, em seu Artigo 338, Inc. 5º, a previa “in verbis”: “usar de artifícios para surpreender a boa fé de outrem, iludir a sua vigilância ou ganhar-lhe a confiança; e, induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito.”

Podemos dizer, com JÚLIO FABBRINI MIRABETE, que a fraude é o expediente utilizado pelo agente para levar alguém a erro a fim de que este atue com uma falsa representação da realidade. O sujeito se serve de um meio enganoso que determina a vítima a praticar uma ação que, sem a fraude não praticaria.

III. ASPECTOS HISTÓRICOS DA FRAUDE.

III. A) IDADE ANTIGA

III. A-1) EGITO.

No Antigo Egito não havia um Código Penal, nem um sistema de Direito estruturado, porque a religião, a moral e o Direito se confundiam, embora os egípcios possuísem noções profundas de diversas ciências, como a Matemática e cerca de 21 operações médicas envolvendo desde o apêndice até o cérebro eram por eles conhecidas.

Ali eram punidas com grande rigor as ações contra o Faraó, contra a religião e a classe dominante. Assim, o roubo dos celeiros dos templos ou o roubo do trigo do Faraó eram punidos com bastonadas, com o corte da mão e a seguir era aplicada a pena de morte.

Uma das fraudes mais comuns no Antigo Egito e que mais preocupava os governantes era a praticada pelos funcionários,

"os homens da lei", contra os cidadãos egípcios, sobretudo na cobrança de impostos. A punição consistia na aplicação de no mínimo cem bastonadas, podendo ir até a ablação do nariz e das orelhas e deportação para uma espécie de campo de concentração em Silé, no Istmo de Suez.

Outro tipo de fraude também punida rigorosamente era a pilhagem de túmulos dos antigos faraós e nobres.

Observe-se, contudo, que o egípcio procurava agir corretamente, sem incidir na prática das fraudes previstas no Livro dos Mortos (por exemplo, brutalizar o pobre, causar a fome de alguém, diminuir o alqueire, diminuir o palmo - medidas egípcias - etc), por força das disposições sobrenaturais e religiosas ali contidas, mais do que pela força das leis humanas, ou dos decretos punitivos do Faraó.

III. A-2) BABILÔNIA

Os babilônios e os assírios receberam dos ancestrais sumerianos uma ampla herança cultural que incluía a religião, os costumes, a escrita cuneiforme, etc. O mais famoso Código babilônico e da Antigüidade é o de **HAMMURABI**, rei que consolidou num texto de pedra os usos e costumes do povo. Antes desta codificação, os babilônios, assim como os egípcios, guiavam-se pela religião e lei moral que lhes determinava o caminho reto. **HAMMURABI** procurou separar o religioso do jurídico, o pecado do crime, a conduta ética da conduta moral e social, transformando-se no primeiro grande legislador da História. Seu mérito foi fundir leis e preceitos locais num código ordenado, contendo cerca de trezentos parágrafos.

O professor **Edgard Magalhães Noronha** salienta que surpreendentemente este Código já previa a distinção entre o crime culposos e o doloso, neste último, punindo-se a fraude, como no Artigo 197, por exemplo: "Se alguém tirar um olho a outrem, perderá o próprio olho". A regra para a punição dos crimes dolosos (fraudes) era a retribuição taliônica, o que não deixava de ser um avanço para a época, pela individualização da pena.

III. A-3) HEBREUS.

O primeiro código ético e moral do povo hebreu foram os "Dez Mandamentos". Nessa época existiam as 12 tribos, sendo que o Direito Punitivo se ressentia da falta de base política, da ausência de estruturação estatal. As tribos se reuniam apenas em casos de invasão ou guerra, quando então elegiam um juiz para que as dirigisse durante aquelas emergências.

No "Decálogo" estão enumeradas diversas fraudes, às quais os judeus deviam abster-se de cometer. Por exemplo: "Não adulterarás, não furtarás, não dirás falso testemunho contra o teu próximo, etc. Continua ele a ser a base dos modernos códigos penais, tratando-se de uma síntese moral, uma condensação muito importante.

Com a separação do Direito e religião em época posterior, surgiu o Código Deuteronômico, como codificação jurídica, mas com forte influência religiosa. Ele visava infundir na sociedade hebraica um caráter mais democrático e igualitário, pois todos os códigos antigos regiam as relações sociais e jurídicas da classe dominante, sendo as classes dominadas e os escravos excluídos pelo Direito. O Código Deuteronômico era realmente bastante liberal para sua época e baseava-se nos ensinamentos de **MOISÉS**. Proibia as fraudes praticadas entre os irmãos mas era benigno para com aquelas perpetradas entre os hebreus e estrangeiros, como dispunham os demais códigos éticos, morais e jurídicos da Antigüidade.

III. A-4) GRÉCIA

Na Antigüidade grega, cada cidade-Estado tinha suas leis e Justiça próprias e a aplicação desta última é a princípio um privilégio dos reis portadores de cetro (temistes). Segundo **ROBERTO FLACELIÉRE**, entretanto, na Atenas democrática de **PÉRICLES**, este poder real é exercido pelo povo, como autoridade suprema, deixando à Assembléia do Areópago certas causas de assassinato.

Na sociedade ateniense, entretanto, não havia órgão acusador, ou seja, Ministério Público.

Ali, os crimes contra as organizações políticas das cidades e estados eram os mais graves e mais severamente punidos. Os delitos contra os indivíduos ficavam em 2º plano.

O Direito Grego (principalmente o de Atenas, que conhecemos de forma mais ampla) não se interessava em punir a fraude quando o agente visasse o patrimônio individual mas sim quando fosse seu intuito dar prejuízo à cidade (ao patrimônio comum), ao comércio, à alfândega, havendo aí penas severas, sendo dever de todo cidadão promover a acusação, em benefício do bem-estar comum. Até prêmios eram instituídos para que o cidadão promovesse tal persecução e se o acusado fosse condenado, parte da multa se destinava ao acusador.

III. A-5) ROMA

O Direito Romano teve o mérito de ir separando aos poucos a Religião do Direito, elaborando um direito dinâmico em permanente evolução. No seu bojo surgiu o delito de estelionato, com este "nomen juris". A palavra tem suas raízes etimológicas no latim "stellionatu", de "stellione", lagarto, que tem nas costas sinais com forma de estrela (stella): daí engano, falsidade, pois tal lagarto muda constantemente de cor conforme o ambiente em que se encontre. Na Antiga Roma, praticava estelionato quem: 1) sendo devedor, transferia como sendo sua a coisa dada, sem consentimento do credor; 2) penhorava coisas alheias ou dava em penhor coisas de outrem; 3) para lesar o credor, passava por outrem; 4) dava em penhor a um credor cobre por ouro; 5) vendia o estado livre como escravo, dissimulando a sua condição de liberto. Era necessário, entretanto, que o sujeito ativo tivesse agido com "dolus". O estelionato já era incriminado pela "Lei das XII Tábuas", ao prever a hipótese de fraude onde quem, por meio de falso título, conseguisse a posse provisória de uma coisa controversa.

Foi o Jurisconsulto **J. AQUILIO GALO** quem introduziu no Sistema Geral do Direito Romano a ação subsidiária do estelionato

que até então se denominava "fraus". A qualificação geral da figura do "stellionatus" surgiu pelo Segundo Século do Império, depois de **ADRIANO**. A tentativa não era punida e o delito se referia só às lesões patrimoniais, não previstas nas leis existentes.

III. B) IDADE MÉDIA

III. B-1) CONSIDERAÇÕES GERAIS.

No transcorrer da Idade Média o conceito do delito de estelionato já não é o mesmo dos antigos romanos, sofre reformulações, haja visto que muitos crimes tidos como furto em Roma, agora são considerados estelionato. As Escolas penais Clássica, Positiva e Técnico-Jurídica procuraram distinguir, separar e mesmo definir de forma mais autônoma a figura do estelionato e os outros crimes contra o patrimônio, segundo lição de **RAVIZZA**.

III. B-2) DIREITO CANÔNICO

A palavra estelionato não é utilizada no Código de Direito Canônico e igualmente não encontramos tal terminologia clássica e tradicional dentre os autores da Igreja, embora o Direito Eclesiástico derive do tronco comum aos outros ramos do Direito, ou seja, do Direito Romano. A expressão ali consagrada é "possessio malae fidei rei alienae", ou seja, "posse de um bem alheio mediante má fé".

Se traçarmos um paralelo, no que se refere ao conceito de estelionato, entre o Código Penal Brasileiro atual e o Código de Moral da Igreja, teremos que o Artigo 171, "Caput" do primeiro diploma reza: "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento". Também o segundo diploma o define como a posse (obtenção) indevida de um bem alheio, mediante o uso de meios fraudulentos. Como se vê, o

Código Penal amplia o texto do Código Canônico, havendo quase que uma perfeita concordância entre os textos analisados.

No que diz respeito às sanções, a legislação eclesiástica não prevê penas de reclusão, mas de anulação ou de restituição de coisa "onerata consciência". As reprimendas são de caráter moral, mas não menos rigorosas e eficazes do que as previstas em códigos penais de diversos países, ao menos para quem deseja coordenar seus atos segundo a consciência crista. Elas podem ser divididas em três grupos a saber: a) Censuras; b) Penas vindicativas; c) Remédios Penais.

A) CENSURAS

(Cânon 2255)

Excomunhão

Interdição

Suspensão

B) PENAS VINDICATIVAS

(Cânon 2306-2291)

enumeram-se doze

C) REMÉDIOS PENAIS

(Cânon 2306)

Monição

Correção

Preceito

Vigilância

No tocante à prescrição em matéria de fraude (estelionato), o cânon 1512 reza que "não é válida a prescrição, a não ser que haja "boa fé", não só no início da posse, mas até depois de terminado o tempo exigido para a prescrição.

III. C) IDADE CONTEMPORÂNEA

III. C-1) FRANÇA

O Código Penal Francês, promulgado em 1949, prevê o delito de estelionato (D'Escroquerie) no Artigo 405, onde se

comina pena privativa de liberdade até 05 anos e pena pecuniária de sessenta mil francos.

III. C-2) POLÔNIA

Na Polônia o estelionato está previsto no Artigo 264, § 1º do Código Penal. A disposição que o tipifica acentua que o prejuízo pode se efetivar sobre o "bem de outro", isto é, a pessoa enganada pode ser simplesmente detentora de um bem alheio, caso em que o prejuízo será do proprietário do bem. O nosso Código Penal fala em prejuízo alheio e que poderá ser também da pessoa, a mesma que sofreu o ato físico, o engano, ou então de outrem.

III. C-3) ITÁLIA

As disposições do Código Penal Italiano de 1930 (Código Rocco) sobre o estelionato e outras fraudes são mais amplas e mais complexas do que as previstas no nosso Código. Tais infrações estão previstas no Capítulo II daquele diploma que prevê "Dei Delitti Contro il Patrimônio Mediante Frode", sendo que o estelionato (truffa) propriamente dito está disciplinado no Artigo 640. No Capítulo também se verifica a previsão dos delitos de Usura (Artigo 644), fraude na emigração (Artigo 645), apropriação indébita (Artigo 646), entre outros.

III. C-4) AMÉRICA DO SUL

Em nosso Continente, nos países vizinhos, o estelionato recebe o "nomen juris" de "estafa". Assim está ele previsto no Artigo 173, Inciso 9º do Código Penal Argentino e Artigos nºs 1178 e 1179 do Código Civil daquele País.

O Código Penal da Bolívia cuida da matéria no Artigo 637 e seguintes, no Livro II - "De los Delitos contra los particulares": "De las estafas e engaños". Esse Código segue outro sistema, pois cuida em primeiro lugar dos crimes contra o Estado e a Administração da Justiça e ao final dos crimes menos graves para a Coletividade, ou seja, "os delitos contra "os particulares".

Na Costa Rica, o Artigo 281 do Título V, Lib.II, cuida da "Estafa y otras defraudaciones".

Na Colômbia, o Artigo 408 do Código Penal dispõe de "La Estafa": Artigo 408 - "El que induciendo a una persona en error por medio de artificios e engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurra en prisión de uno a siete años, y multa de diez a dos mil pesos".

Percebemos que existe perfeita identidade de pensamento entre o legislador colombiano e o brasileiro, no que tange à previsão do estelionato ou "estafa". De modo geral todos os demais códigos latino-americanos expressam neste campo o mesmo que o Código Penal Colombiano e o Brasileiro.

III. C-5) BRASIL

Em nosso País, o atual Código Penal em vigor (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), trata do estelionato e outras fraudes em seu artigo 171 e parágrafos, que faz parte do Capítulo VI, Título II - "Dos Crimes Contra o Patrimônio". O estelionato propriamente dito esta previsto no "Caput" do Artigo 171. Prevê-se ainda as seguintes modalidades de fraude, todas apenadas de acordo com a sanção do "Caput": a disposição de coisa alheia como própria (§2º, Inciso I); alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (§2º Inciso II); defraudação de penhor (§2º, Inciso III); fraude na entrega da coisa (§2º, Inciso IV); fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (§2º, Inciso V) e fraude no pagamento por meio de cheque (§2º, Inciso VI).

IV. DA FRAUDE CIVIL E DA FRAUDE PENAL NO BRASIL

IV - A) A FRAUDE NO DIREITO CIVIL

Em linhas gerais, a fraude está disciplinada em nosso Código Civil principalmente nos Artigos 106 a 113, sob a rubrica

de Fraude Contra Credores (Seção V). Nessas disposições procura o Código reprimir a fraude verificada em cinco tipos de negócios jurídicos: a) atos de transmissão gratuita de bens; b) atos de remissão de dívida; c) Contratos onerosos; d) pagamento antecipado de dívidas; e) outorga de direitos preferenciais. Entretanto, vamos verificar ainda que a fraude pode contaminar outros atos jurídicos.

Os atos eivados de fraude são anuláveis, de acordo com o Artigo 147, nº II, daquele diploma. A anulação é demandada pela ação revocatória ou pauliana, de origem romana, assim chamada por causa do pretor **PAULO**, seu introdutor nos editos. Essa ação só pode ser proposta por credor, que já o fosse quando se praticou o ato acoimado de fraudulento. O credor posterior encontra comprometido o patrimônio do devedor, não tendo, pois, direito de reclamar contra a suposta fraude. Isto também ocorre em relação ao credor com garantia real, por falta de interesse econômico ou moral.

Uma vez anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o Gonourso de credores (Artigo 113).

Cumprе não confundir os conceitos de fraude contra credores e fraude de execução, prevista na lei civil adjetiva (Artigo 593 do Código de Processo Civil). A fraude de execução é incidente do processo civil, regulado pelo direito público; fraude contra credores é defeito dos atos jurídicos, disciplinado pelo direito privado. Aquela torna nulo o ato, ao passo que esta, apenas anulável. A decretação da fraude de execução independe de ação revocatória. Os bens do executado continuam a responder pelas dívidas deste, como se nunca tivessem saído de seu patrimônio. No tocante ao reconhecimento da fraude contra credores, ele depende do ajuizamento da ação pauliana.

IV - B) A FRAUDE NO DIREITO PENAL

Em nosso Ordenamento Jurídico-Penal, a fraude é elemento constitutivo e característico do **estelionato**, mas eventualmente, é exigida em outros tipos penais, expressa ou

implicitamente, ora como integrante do tipo básico (Artigos 175, 215, 236 do C. P.), ora como qualificadora (Artigos 227, §2º, 228, §2º, do C. P., etc).

Discute-se na Doutrina se o uso de narcóticos, entorpecentes ou inebriantes constitui-se em violência ou fraude. Se houver submissão da vítima para que a substância seja ministrada, em virtude de agressão física, não há dúvida de que presente estará a "vis corporalis". Se não houver agressão física, nem coação pessoal externa, mas o emprego de meio astucioso, aí poder-se-á falar em fraude.

Esta, no âmbito de nosso Ordenamento, é produzida por artifício (meio predominante material), ardil (meio predominante moral) ou qualquer ato insidioso, clandestino, enganoso.

Note-se que a simples mentira pode constituir-se no embuste capaz de iludir, mesmo quando desacompanhada de qualquer "mise-en-scène", bem como o silêncio de quem tem o dever de dizer a verdade ou alertar terceiro para que não seja induzido ou mantido em erro, pode ser considerado meio fraudulento.

Tema interessante é o que se refere ao dolo bilateral, também denominado fraude recíproca. A doutrina e a jurisprudência são unânimes neste ponto. Para o legislador brasileiro, assim como para muitos estrangeiros, é indiferente "o motivo determinante" da ação da vítima e se ela foi lesada de boa ou má fé, desde que o ofendido sofreu o prejuízo advindo de ardil ou artifício que lhe preparou o acusado (cujo alcance não foi vislumbrado pelo primeiro) o crime estará consumado.

IV - C) A DIFERENÇA ENTRE A FRAUDE CIVIL E A FRAUDE PENAL

Atingimos agora o cerne e epílogo do presente trabalho com a análise da questão da existência ou não de eventuais diferenças entre a fraude penal e a fraude civil. Tal estudo é importante para que possamos distinguir o estelionato do mero ilícito civil imunível. Vários critérios foram sugeridos para tal

desiderato; assim, afirma-se que existe fraude penal apenas quando há o propósito "ab initio" do agente de não prestar o equivalente econômico; há um dano social e não puramente individual; há um perigo social, mediato e indireto; há uma violação da norma jurídica que, pela sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena.

Somente a razão prática de assegurar a ordem jurídica, com sanções adequadas ou proporcionadas justificaria a separação entre fraude penal e fraude civil. Contudo, apenas critérios elucidativos podem ser preestabelecidos e que menor precário se nos apresenta é o que mencionamos inicialmente, ou seja, o que fixa que existe fraude penal, quando relativamente idôneo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a idéia preconcebida, o propósito inicial da frustração do equivalente econômico.

A jurisprudência tem entendido que há fraude penal quando o escopo do agente é o lucro ilícito e não o do negócio (RT 423/344), já que a fraude penal pode manifestar-se na simples operação civil, não passando esta, na realidade, de engodo fraudulento que envolve e espolia a vítima (RT 329/121). Porém é comum nas transações civis ou comerciais certa malícia entre as partes, as quais procuram encobrir os defeitos ou inconveniências das coisas e aí teremos simplesmente o dolo civil, não o dolo configurador do estelionato.

Na verdade, pretendida distinção entre a fraude penal e a fraude civil é supérflua, arbitrária e fonte de danosíssimas confusões, conforme decisão do Tribunal da Alçada Criminal de São Paulo, uma vez que não há diferença de natureza, ontológica, entre fraude civil e fraude penal. Não há, a rigor, fraude civil e fraude penal: a fraude é uma só. O que realmente importa é verificar se, em determinado fato, se configuram todos os requisitos do estelionato, caso em que o fato é sempre punível, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo fato. Esta é a orientação da RT 543/347-348, com a qual concordamos.

V - BIBLIOGRAFIA

- V-A) **PEREIRA RIBEIRO**, José Antônio - "Fraude e Estelionato" - 2ª Edição, Sugestões Literárias S/A, São Paulo/SP, 1976, pág. 07 e segs.
- V-B) **MIRABETE**, Júlio Fabbrini - "Manual de Direito Penal" - 6ª Edição, Parte Geral, Editora Atlas S/A, São Paulo/SP, 1992 pág. 38 e 272.
- V-C) **MONTEIRO**, Washington de Barros - "Curso de Direito Civil" 26ª Edição, Editora Saraiva S/A, São Paulo/SP, 1986, pág. 215 a 223.
- V-D) **MARQUES**, José Frederico - "Manual de Direito Processual Civil" - Volume IV, 6ª Edição, Editora Saraiva S/A, São Paulo/SP, 1986, pág. 47 a 50.