

O ESTELIONATO JUDICIÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.

Thales Chanes

A figura do estelionato judiciário é algo relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, sendo fruto de uma ginástica intelectual que visa inibir eventuais abusos do direito de ação, garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Não se sabe ao certo a origem deste injusto, sendo seguro porém afirmar que teve sua origem na doutrina estrangeira, consoante discorre o Professor Luiz Regis Prado:

“Tem sido admitido pela doutrina estrangeira a possibilidade de 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 a parte contrária ou a terceiro.”¹⁸

Nesse caso, observa-se a presença do trinômio fraude, erro e vantagem ilícita, elementar para a tipificação do crime de estelionato: a parte conscientemente utiliza-se de uma fraude, a qual é apta a enganar o juiz, acarretando uma vantagem ilícita e o consequente prejuízo de terceiro, sendo este a parte contrária.

Essa prática ganhou força, no âmbito nacional, na primeira década do século XXI, onde os agentes ajuizavam diversas ações, frequentemente envolvendo matéria tributária e previdenciária, instruindo-a com documentos materialmente e ideologicamente falsos, ou propondo-a perante diversos juízos em diferentes comarcas, muitas vezes recebendo mais de uma vez o mesmo pedido.

Daí surgiram diversas ações penais buscando a condenação destes indivíduos, subsumindo a conduta ao tipo penal de estelionato pela possibilidade em se aplicar a interpretação extensiva, sendo portanto possível, *prima facie*, a tutela do direito penal.

Consequentemente, os casos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente reconheceu o estelionato judiciário como conduta atípica face a ausência de previsão de

norma legal, em atenção ao princípio da legalidade, entendendo tratar-se de litigância de má-fé.

Nesse prisma, o julgado mais comumente utilizado e lembrado quando discutia-se a questão e frequentemente citado em sustentações orais perante o Tribunal Regional Federal da 3^a Região era o do Ministro Nilson Naves, hoje aposentado: "Estelionato/estelionato judicial. Processo/representação/provas em juízo. Responsabilidade dos procuradores. Ausência de fato típico.

1. Quanto aos acontecimentos do processo judicial (deveres e responsabilidade), não de vir a pelo, preferencialmente, os arts. 14 a 18 do Cód. de Pr. Civil. 2. Os sucessivos atos processuais estão fora da lei penal; o processo, já de natureza dialética, gerado, pois, por oposições, está continuamente sujeito ao controle das partes, às quais se asseguram o contraditório e a ampla defesa, bem como uma série de recursos. 3. Tal o caso, falta-lhe a ilicitude da vantagem, também lhe falta o meio fraudulento (artifício, ardil, etc.). Enfim, o denominado estelionato judicial juridicamente não é fato penal; falta-lhe, assim, tipicidade. 4. Não é penalmente punível a conduta de quem procura em juízo. 5. Habeas corpus deferido a fim de se extinguir a ação penal.

[...]

A mim se me apresenta exata a observação do relator naquele voto vencido: "As supostas manobras e inverdades no processo podem configurar deslealdade processual e infração disciplinar, mas não crime de falso ou de estelionato."(grifo nosso) Aliás, as coisas do Judiciário sempre se me afiguraram fora da lei penal, exatamente porque, já que de natureza dialética, o processo é gerado por oposições – arte da discussão –, e nele, pergunto, não se asseguram aos litigantes o contraditório e a ampla defesa? Asseguram-se sim, tanto que há recursos e mais recursos, e há instâncias, e há discussões, por isso recordaria, também, votos que escrevi para as Ações Penais nºs 246, de 2004, e nº 425, de 2005.

É caso, o de que ora cuidamos, caso carente de tipicidade penal; estranha, aqui, a figura do estelionato, mais ainda a do denominado estelionato judiciário, razão pela qual voto no sentido de conceder a ordem a fim de extinguir, no ponto, objeto deste habeas, a ação

penal, com extensão da ordem, na mesma medida, é óbvio, aos corréus Wolf, Betty, Sandro e Gerson.”²⁹

Objetivando demonstrar que não se trata de uma decisão isolada deste Tribunal, segue outros julgados: “PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 171 DO CP. OCORRÊNCIA. ESTELIONATO JUDICIÁRIO. CONDUTA ATÍPICA. DESLEALDADE PROCESSUAL. PUNIÇÃO PELO CPC, ARTS. 14 A 18. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Não configura "estelionato judicial" a conduta de quem obtém o levantamento indevido de valores em ação judicial, porque a Constituição da República assegura à parte o acesso ao Poder Judiciário. O processo tem natureza dialética, possibilitando o exercício do contraditório e a interposição dos recursos cabíveis, não se podendo falar, no caso, em "indução em erro" do magistrado. Eventual ilicitude de documentos que embasaram o pedido judicial poderia, em tese, constituir crime autônomo, que não se confunde com a imputação de "estelionato judicial" e não foi descrito na denúncia.

2. A deslealdade processual é combatida por meio do Código de Processo Civil, que prevê a condenação do litigante de má-fé ao pagamento de multa, e ainda passível de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Advocacia.

3. Recurso especial a que se dá provimento, para absolver as recorrentes, restabelecendo-se a sentença.” (REsp nº [...] Tenho que, no caso, a conduta das recorrentes é atípica, não se podendo, portanto, falar em estelionato, quanto mais em "estelionato judicial", figura de tipicidade questionável na doutrina e na jurisprudência, embora, em tese, possa a atitude das recorrentes configurar ilícito civil [...] Entretanto, não obstante as diversas manifestações relativas à tipicidade do estelionato praticado judicialmente, penso que a dificuldade para a admissão de tal conduta como ilícita está na consideração de que a Constituição da República assegura a todos o acesso à justiça, nos termos do que preceitua o inciso XXXV do artigo 5º, não se podendo punir aquele que, a despeito de formular pedido descabido ou estapafúrdio, obtém a tutela pleiteada.

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 [...] 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 ma-fé nos artigos 14 a 18, sem se falar na possibilidade de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. [...] Assim, tenho que o juiz de primeiro grau bem apreendeu a questão, ao absolver as recorrentes por atipicidade da conduta, invocando a autonomia do direito de ação.”³¹⁰

Em que pese este entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão estava longe de ser pacífica.

Muitos tribunais de 2ª instância posicionavam-se favoravelmente à tipicidade do chamado estelionato judiciário, sendo o principal argumento utilizado o de que o tipo penal admitia a interpretação extensiva, caindo por terra qualquer tese que viesse a pugnar por sua atipicidade.

Abaixo segue um importante *Habeas Corpus* julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, referente à ação penal lastreada pela Operação Bola de Fogo da Polícia Federal, a qual visava desarticular um grupo de pessoas que falsificavam e comercializavam cigarros, causando enorme prejuízo ao fisco. Vejamos: “HABEAS CORPUS - “OPERAÇÃO BOLA DE FOGO” - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DA PRÁTICA DE ESTELIONATO USANDO-SE COMO “MEIO” DA AÇÃO CAUSAL O EMPREGO DA VIA JURISDICIONAL -- REEXAME DE FATOS E PROVAS - INADMISSIBILIDADE - ORDEM DENEGADA.

1.Habeas corpus destinado a viabilizar o trancamento parcial da ação penal com fundamento na inépcia da denúncia ante a atipicidade do estelionato cometido pela via judiciária e outras teses derivadas, tais como a ausência de dolo e licitude dos lucros

obtidos pelo paciente com a empresa Huss Willians Comércio & Importação de Bebidas e Cigarros Ltda.

2. O primeiro Código Penal republicano, o de 1890, em seu artigo 338, elencava onze modalidades de estelionato, mas em imprecisão topograficamente questionável, no § 5º enunciava uma fórmula genérica de cometimento do crime, assim enunciada: "usar de artifícios para surpreender a boa fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito". Fugindo de seu modelo favorito, que foi o Código Penal italiano de 1930, o Código Penal de 1940 conservou uma formulação genérica - a ser explorada por interpretação extensiva - para a criminalização do estelionato. Com isso o Código Penal de 1940 em seu artigo 171, por conter na descrição típica como componentes da ação causal do estelionato o artifício, o ardid, "ou qualquer outro meio fraudulento" (locução genérica), veiculou aquilo que a doutrina moderna conhece como "crime de forma livre". Para bem elucidar o tema nada melhor do que invocar a voz do autêntico mentor do Código Penal de 1940, o sempre lembrado Nelson Hungria. A respeito da matéria afirmou o mestre: "o legislador brasileiro de 1940, na esteira do projeto Sá Pereira, preferiu, na espécie, o modelo alemão, já adotado, entre outros códigos, pelos da Áustria, Noruega, Polônia, Dinamarca e Suíça, não restringindo a qualidade do meio iludente e contemplando, de par com o induzimento, a manutenção em erro" (Comentários ao Código Penal, VII/203, Forense, 4ª edição - destaque)

3. A fórmula típica "qualquer outro meio fraudulento" autoriza a interpretação extensiva capaz de identificar no acesso malicioso ao Poder Judiciário uma forma de praticar-se estelionato, sendo que neste modo de proceder o agente, com alegações e comportamentos fraudulentos e enganosos, buscando vantagem patrimonial a que não tem direito, induz o Juiz em erro que resulta em decisão judicial injusta que causa prejuízo patrimonial ao adverso ou a terceiro. Identificam-se aí - como muitas vezes ocorre em sede de estelionato - duas vítimas: o Poder Judiciário que é enganado e o lesado direto na via patrimonial. Caso que na doutrina se identifica como de "autoria mediata".

4. Não se pode descartar de imediato o uso da instância judicial - conduta prestigiada pela Constituição Federal como direito fundamental - como meio para prática do estelionato; aliás, o que não tem sentido é justamente desprezar a priori e sem nenhum cuidado a

possibilidade do emprego criminoso do acesso à Justiça, posto que isso redundaria em verdadeiro desprestígio ao Poder Judiciário, amesquinhado como rele instrumento criminoso, sem falar na ofensa ao altar onde a Magna Carta deposita a garantia de que todos podem bater às portas do Judiciário.

5. Sinal seguro de que o direito constitucional de acesso ao Judiciário é freqüentemente usado para fins nefastos, para enganar, iludir, falsificar a verdade, tudo com vistas a obtenção de decisões favoráveis que inexistiriam se a boa-fé fosse sempre intangível, é a ancestral possibilidade de ação rescisória quando a sentença transitada em julgado "resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei", como consta do inc. III do artigo 485 do Código de Processo Civil. Assim, não se pode trancar a ação penal sob o entendimento de que o artigo 171 do Código Penal não contempla o indevido uso da máquina judiciária como meio fraudulento para consecução de vantagem patrimonial indevida.

6. Ninguém pode ser ingênuo e ignorar que a via judicial cível e trabalhista tem sido persistentemente usada como meio de fraudar a lei para a obtenção de resultados indevidos e ilícitos. Basta recordar do sem-número de ações previdenciárias em que o autor se vale de documentos falsificados, do enorme número de ações trabalhistas em que testemunhos falsos são empregados contra o direito do empregador, sem falar em ações calcadas em leis tributárias onde contribuintes falseiam fatos e documentos com vistas a conseguir decisões prejudiciais ao Fisco.(grifo nosso)

7. O habeas corpus não é o instrumento processual adequado para o exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

8. Ordem denegada.⁴¹¹

A decisão do Eminentíssimo Desembargador Federal Johanson Di Salvo colacionada acima é acertada, uma vez que não se pode desconsiderar a viabilidade em se interpretar

extensivamente o artigo 171 do Código Penal e a utilização da via judicial para fins nefastos.

Nesse sentido, a tipicidade do crime em apreço é amparada por grande parte da doutrina nacional

Além da tese relativa à interpretação extensiva do tipo penal de estelionato, deve-se considerar que se trata de um crime de forma livre.

Damásio Evangelista de Jesus salienta que crimes de forma livre podem ser cometidos por meio de qualquer comportamento que cause determinado resultado. (Direito Penal, 1/212, Saraiva, 24^a edição).

Não havendo no tipo penal qualquer vínculo com o método, não é razoável aceitar a alegação de que a conduta resta atípica por falta de previsão expressa.

Sendo possível observar os requisitos inerentes à prática do estelionato na conduta do agente, deve-se reconhecer a incidência deste, pois a amplitude da norma permite tal conclusão.

Destarte, Nilo Batista, em seu artigo de título "Estelionato Judiciário", defende sua tipicidade e a conseqüente tutela do Direito Penal. Em suma, aduz inicialmente que o juiz não dispõe de uma inidoneidade presuntiva, pois, sendo humano, é passível de errar e ser induzido ao erro.⁵¹²(Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, p. 209-217, 1997)

Discorrendo sobre o tema, o autor supracitado ainda sustenta que a limitada incriminação da fraude processual significa vontade de não incriminar outras possíveis fraudes, principalmente quando for possível a tipificação em tipo concorrente principal, como por exemplo, o estelionato.

Em suma, ao requerer a tipicidade expressa da conduta abre-se um hiato para que outras fraudes passem a ser utilizadas impunemente, retornando a situação vivida no final do século XIX, onde a tentativa de prever todas as modalidades de fraudes restou ineficaz, fazendo com que o legislador de 1940 atribuísse um maior alcance ao tipo penal.

5 Nilo Batista, *Estelionato Judiciário*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, p. 209/217.

Face aos constantes abusos das partes, utilizando-se de documentos falsos para instruir ações ou propondo-as perante diversos juízos distintos, aliada à insistência do Ministério Público em continuar a denunciar estes atos, o Superior Tribunal de Justiça relativizou seu entendimento.

A mera proposição de diversas ações perante juízos distintos caracterizaria o simples uso do direito de ação, mesmo com a parte obtendo sucesso em mais de uma delas e levantando a mesma quantia em diversos feitos: "CRIMINAL. RHC. "ESTELIONATO JUDICIÁRIO". TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA CONDUTA REPUTADA DELITIVA. RECURSO PROVIDO.

I. A alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios para a acusação ou a extinção da punibilidade.

II. Hipótese em que os réus ajuizaram diversas ações com pedidos idênticos, pretendendo a concessão de benefícios judiciais, tendo sido, por esta razão, denunciados pela prática do delito de estelionato

III. Não obstante a presença aparente dos elementos do tipo penal, o estelionato judicial não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual a conduta pela qual foram denunciados os recorrentes é atípica.

IV. Reconhecida a atipicidade da conduta, deve o recurso ser provido para determinar o trancamento da ação penal n.º 5001215-62.2010.404.7004, em curso na 2.ª Vara Federal de Umuarama/PR.

V. Recurso provido, nos termos do voto do relator."[...]

O tipo objetivo consiste no emprego de meio fraudulento para a obtenção de vantagem econômica.

A doutrina exige que o meio fraudulento seja idôneo para enganar a vítima, o que se verifica em cada caso concreto, devendo ser consideradas as condições pessoais do ofendido, sua prudência, sagacidade e experiência.

Na presente hipótese, foi apontado como meio fraudulento o ajuizamento de duas ações judiciais distintas, em tese, pretendendo a concessão do mesmo benefício previdenciário.

Não obstante a presença aparente de todos os elementos do tipo penal, o estelionato judiciário não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio. Consultando a doutrina, grande parte dos autores sequer fazem referências à apontada modalidade delitiva.

Verificada a atipicidade da conduta dos réus, portanto, necessário se faz o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Assim, inclusive, já decidiu esta Corte: 'Estelionato/estelionato judicial. Processo/representação/provas em juízo. Responsabilidade dos procuradores. Ausência de fato típico. 1. Quanto aos acontecimentos do processo judicial (deveres e responsabilidade), não de vir a pelo, preferencialmente, os arts. 14 a 18 do Cód. de Pr. Civil. 2. Os sucessivos atos processuais estão fora da lei penal; o processo, já de natureza dialética, gerado, pois, por oposições, está continuamente sujeito ao controle das partes, às quais se asseguram o contraditório e a ampla defesa, bem como uma série de recursos. 3. Tal o caso, falta-lhe a ilicitude da vantagem, também lhe falta o meio fraudulento (artifício, ardil, etc.). Enfim, o denominado estelionato judicial juridicamente não é fato penal; falta-lhe, assim, tipicidade . 4. Não é penalmente punível a conduta de quem procura em juízo (grifo nosso).5. Habeas corpus deferido a fim de se extinguir a ação penal.' (HC 136.038/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 30/11/2009) '

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para, nos termos da fundamentação acima, determinar o trancamento da ação penal n.º 5001215-62.2010.404. 7004, em curso na 2.ª Vara Federal de Umuarama/PR."⁶¹³

Com todo respeito ao entendimento deste tribunal, não se pode aceitar que tal vantagem recebida pela parte, que levanta várias vezes a mesma quantia devida, seja lícita.

A discussão quanto a questão da atipicidade já resta superada face aos argumentos de que o tipo penal do estelionato, além de ser um crime de forma livre, admite a interpretação extensiva da norma.

Contudo, a análise deste julgado nos leva à discussão quanto à presença dos três elementos indispensáveis a caracterização do crime em tela: fraude, erro, vantagem ilícita.

Segundo o relator do acórdão colacionado acima, a mera distribuição de diversas demandas, ainda que haja ocorrido o levantamento dos valores almejados em mais de uma delas, não configura a vantagem ilícita necessária a caracterização do estelionato.

Rebatendo os argumentos utilizados para fundamentar a decisão guerreada, primeiramente, deve-se considerar que o advogado deve atender à lealdade processual, buscando defender os interesses de seu cliente dentro de limites.

Na medida em que requer o levantamento da quantia em mais de uma ação, este falta com a lealdade processual, sendo que lhe cumpria o dever de informar que os valores já haviam sido levantados em outra ocasião.

Esta omissão é penalmente relevante, visto que o advogado tem o dever jurídico de conduzir o processo com zelo e cautela, além de ser vedado o uso do processo para a consecução de objetivos ilícitos.

Observa-se aí a fraude, a qual gera um erro do judiciário em autorizar diversos levantamentos, resultando em uma vantagem ilícita, pois os valores oriundos dos processos adicionais não são devidos.

Ora, alguns dizem que tal conduta caracterizaria litigância de má-fé, estando a questão plenamente tutelada pela lei processual civil.

Ocorre que a simples aplicação de multa e a apuração quanto às perdas e danos ensejaria a proposição de uma nova ação, podendo levar anos para uma ventual condenação, ainda assim havendo tremendo prejuízo às partes lesadas, bem como à credibilidade do judiciário.

Por óbvio que uma ação penal levaria o mesmo tempo. Porém há de se considerar a coação mental gerada pela existência de um tipo penal que puna a conduta, servindo também como um modo de prevenção de eventuais abusos, protegendo assim o pleno exercício do direito de ação garantido constitucionalmente.

Diante desta situação, a jurisprudência tem evoluído e se adaptado, reconhecendo como penalmente relevante a utilização de documentos falsos na instrução de ações ordinárias: "AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 2. "ESTELIONATO JUDICIÁRIO". NÃO OCORRÊNCIA. 3. FRAUDE ANTERIOR À INSTAURAÇÃO DO PROCESSO. AÇÕES PARA RECEBIMENTO DO SEGURO DPVAT, FUNDADAS EM BOLETINS DE OCORRÊNCIA QUE NARRAVAM FATOS FALSOS. 4..AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Como é cediço, o trancamento de ação penal é medida excepcional, só admitida quando ficar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame.

2. Em casos anteriores, em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a figura do estelionato pela prática da advocacia, o próprio feito foi utilizado como meio de fraude. Portanto, era possível ao Magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizavam a fraude, como no caso de ajuizamento de mais de uma ação pelo advogado, à busca de uma Vara que lhe fosse favorável; ou a inclusão de nomes e de valores em processos de execução, que não estavam contemplados na sentença proferida na fase de conhecimento.

3. Na espécie, não há que se falar em "estelionato judiciário", porquanto os registros de boletins de ocorrência falsos aconteceram anteriormente à formação da relação processual. Diferentemente dos demais precedentes desta Corte, aqui, os artifícios preparados previamente ao ajuizamento das ações eram medidas que escapavam ao alcance das averiguações no âmbito do processo judicial, de modo que nem o magistrado, nem a parte adversa teriam condições de detectá-los com diligências comuns. (grifo nosso)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.[...]

Em casos anteriores, em que este Tribunal afastou a figura do estelionato pela prática da advocacia, o próprio feito foi utilizado como meio de fraude. Portanto, era possível ao

magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizavam a fraude, como no caso de ajuizamento de mais de uma ação pelo advogado, à busca de uma Vara que lhe fosse favorável; ou a inclusão de nomes e de valores em processos de execução, que não estavam contemplados na sentença proferida na fase de conhecimento.

Aqui, não há que se falar em "estelionato judiciário", porquanto as fraudes aconteceram anteriormente à formação da relação processual, de modo a caracterizar um falso direito. Diferentemente dos demais precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, os artifícios preparados previamente ao ajuizamento das ações eram medidas que escapavam ao alcance ordinário das averiguações no âmbito do processo judicial, de modo que nem o magistrado, nem a parte adversa teriam condições de detectá-los com diligências comuns.(grifo nosso)[...]

Diante disso, não vejo presente o alegado constrangimento ilegal apto a justificar o trancamento da ação penal. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.⁷¹⁴

Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos leva à conclusão de que, quando a conduta tratar-se de mera atividade processual, como a distribuição da ação, dedução de pedido inicial, levantamento de valores, ocorre o simples gozo do direito de ação.

Contudo, existe a criminalização de condutas iniciadas antes da proposição da ação, como no caso de contrafação de documentos que venham posteriormente a instruir estas, servindo inclusive como principal meio de convencer o juiz responsável.

Não obstante retratar o início de um posicionamento que reconheça a tipicidade do estelionato judiciário, deve-se considerar que o fim do agente, que ao falsificar um documento que instrua a ação judicial, busca uma vantagem ilícita.

É o mesmo entendimento sedimentado no Enunciado da Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça, a qual afirma que quando o falso se exaure no estelionato, este o absorve.

É cristalino que ao instruir uma ação com documento falso, a parte busca uma vantagem ilícita; após ter conseguido, ocorre o trânsito em julgado, exaurindo a pretensão junto com o falso utilizado.

Como bem salientou o relator, o não é possível o juiz perceber o falso com o uso de diligências simples, sendo necessária uma investigação aprofundada e perícia técnica, as quais nem sempre são possíveis no curso de uma ação ordinária.

Nesse sentido, ao concluir que não se trata de estelionato nasce um precedente que relativiza a absorção do falso pelo estelionato, sendo passíveis de discussão todo o uso de documento falso que busque induzir alguém a erro.

O falso é o meio de fraude mais comumente utilizado no crime de estelionato; sendo este apto a induzir o juiz a erro, cai por terra qualquer argumento que pugne pela atipicidade do assim chamado estelionato judiciário.

Em que pese o uso de documento falso ser crime, o tipo não retrata a conduta do agente, sendo mais uma norma abstrata e emprestada, podendo gerar uma sensação de insegurança jurídica.

Quando a conduta envolve um falso, é cristalina a vantagem ilícita almejada; porém, o simples abuso do direito de ação aparentemente encontra dificuldade em ser penalmente relevante por tratar-se de uma garantia constitucional, levando à improcedência de ações penais que busquem punir estes abusos.

A não punição destes excessos podem causar danos patrimoniais irreparáveis, além de encorajar a prática destes, visto que a sanção prevista na lei processual não é suficiente para inibir estas práticas.

Sendo assim, nenhum direito ou garantia fundamental previsto na Constituição da República é absoluto, sendo, atualmente, necessária uma abrangência na interpretação do direito de ação, impondo como limite a prática do estelionato judiciário.

O caso da indústria de liminares

No ano de 2013, a revista Valor Econômico publicou uma reportagem sobre um esquema que havia se espalhado por todo o país e que gerava prejuízo inestimável para as instituições financeiras.

Tratava-se da venda de liminares que objetivavam a suspensão das parcelas das dívidas adquiridas pela pessoa, bem como o desbloqueio da assim chamada margem consignável.

Concedida a liminar, a pessoa dirigia-se a outro banco e tomava novo empréstimo, desistindo da ação na sequência. As dívidas contraídas jamais seriam pagas, sendo apenas uma manobra para sangrar ainda mais as instituições financeiras.

Segue a reportagem na íntegra: **“Crédito consignado é alvo da indústria de liminares**

”A atendente em Porto Alegre oferece, por telefone, uma proposta que está disparando a inadimplência do mercado de crédito consignado no Brasil. 'Se você ganha R\$ 2 mil, consigo suspender o desconto do empréstimo atual na folha de pagamento e depositar na sua conta R\$ 12 mil líquidos.'

A promessa do dinheiro fácil envolve uma indústria de liminares que usa o Judiciário para dar um calote nos bancos, em um esquema que já se espalhou por pelo menos sete Estados, em diferentes regiões do país. Os alvos são convênios de empréstimo consignado entre bancos com órgãos pagadores do setor público, como a Marinha, a Aeronáutica, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), governos estaduais e prefeituras.

'Primeiro, a gente entra na Justiça questionando a validade do contrato [de consignado] ou juros abusivos', explica a atendente na capital gaúcha. 'No momento em que o juiz dá a assinatura dele, a margem é aberta e o dinheiro fica disponível. A ação acaba indo para juízes melhores, que a gente sabe que vão liberar. A chance de ganhar a causa é de 95%. Se não ganhar, a gente não desconta nada, fica tudo por nossa conta.'

A fraude começa com uma ação judicial, apresentada com a suposta intenção de questionar os juros cobrados pelo banco ou a validade do próprio contrato. Alguns clientes alegam que nunca tomaram nenhum empréstimo, ou que não receberam do banco uma cópia dos documentos.

Nessa ação, os advogados pedem uma liminar com duas determinações: suspender o desconto das parcelas da dívida na folha de pagamento e, além disso, desbloquear a chamada 'margem consignável' - o percentual máximo do salário ou benefício, em geral de 30%, que pode ser destinado ao pagamento do empréstimo.

Com a liminar concedida, o desconto é suspenso e o contracheque fica 'limpo' para fazer novas dívidas. 'A liminar funciona como um cheque em branco para tomar novos empréstimos, diz o advogado Djalma Silva Júnior, que representa diversas instituições financeiras em processos envolvendo fraudes com empréstimo consignado.

Imediatamente, um novo empréstimo é tomado em outro banco, no que já se tornou conhecido como 'ciranda do consignado'. Silva Júnior identificou um caso em que a artimanha foi reproduzida nove vezes em nome de um mesmo cliente, contra pelo menos oito bancos.

'Eles tomam um novo empréstimo, mas sequer aparecem na audiência de conciliação', conta o advogado. As liminares são concedidas antes mesmo da audiência e sem ouvir as instituições financeiras envolvidas. 'Quando o banco toma ciência do processo, os descontos já saíram da folha de pagamento.'

'Com o novo empréstimo formalizado e o dinheiro em conta, o cliente desiste da ação judicial. O objetivo da ação, na verdade, não era questionar os juros ou a validade do contrato, mas sim conseguir a liminar e liberar a folha para novos empréstimos.'

O esquema só é possível graças à certeza de que o débito anterior nunca será pago, ou pelo menos cairá pela metade ao longo do tempo, já que o banco se vê forçado a renegociar os valores. Com 30% do contracheque tomados pelo novo contrato, a instituição que concedeu o primeiro empréstimo não consegue mais cobrar a dívida, pois se vê impedida de fazer as deduções na folha.

O Valor apurou que cerca de 20 instituições financeiras grandes, médias e pequenas já sofreram prejuízos milionários com liminares concedidas em pelo menos sete Estados: Ceará, Maranhão, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul. As decisões beneficiam moradores de outras regiões, como São Paulo.

A atendente de Porto Alegre explica que trabalha "com todos os bancos": 'Panamericano, Bradesco, Banrisul... Nós vemos o que está pagando melhor na semana. O cliente não precisa nem ir, a gente só precisa da assinatura.'

Questionada se a primeira dívida será perdoada, ela admite que haverá cobrança, mas aconselha o interessado a 'enrolar' o banco: 'O que tem que fazer é negar, negar, negar [o pagamento], e quando passarem cinco anos, renegociar, porque o banco vai dizer que é melhor receber menos dinheiro que o cliente não pagar mais. Mas eles não podem entrar na folha duas vezes, isso seria um crime, algo fora da lei.'

Algumas vezes, porém, o cliente é ludibriado com uma oferta enganosa de 'cancelamento do consignado', 'exclusão' ou 'compra de dívida'. No Rio de Janeiro, um militar da aeronáutica aposentado, de 50 anos, conta que recorreu ao serviço por indicação de um amigo, pois tinha débito em três instituições financeiras.

De acordo com ele, a operação foi feita em um pequeno escritório no centro do Rio de Janeiro, como se fosse um serviço de 'compra de dívida'. 'O que mais tem no centro do Rio são lojas oferecendo isso. Todo mundo está fazendo, para baixar o valor da prestação descontada em folha.' Ele diz, porém, que não sabia que seu nome foi parar em um processo judicial no 6º Juizado Especial de Fortaleza, no bairro de Messejana, onde a juíza titular concedeu uma liminar para suspender os descontos de empréstimos antigos e liberar a folha para novos empréstimos.

Procurada pelo Valor, a Associação Brasileira de Bancos (ABBC) confirmou a fraude e identificou mais de 28 mil processos desse tipo em diferentes comarcas do país. 'Há uma quadrilha por trás disso, uma ou várias', diz o presidente da ABBC, Renato Oliva, que comanda o banco Cacique, um dos afetados pelo problema.

A ABBC não soube estimar o tamanho do prejuízo. Mas somente em duas comarcas da Paraíba, liminares envolvendo um convênio da Marinha significaram R\$ 18 milhões em contratos suspensos. 'Por causa de situações como essa, algumas instituições financeiras reduziram a oferta ou resolveram não mais oferecer a modalidade de empréstimo no país', afirma Oliva.

De acordo com ele, nos convênios da Aeronáutica e da Marinha, a fraude pode estar comprometendo cerca de 15% da inadimplência do consignado. A margem geral de

inadimplência desse tipo de empréstimo no país é baixa em relação a outras modalidades de crédito e gira em torno de 4 a 5%. Segundo Oliva, cerca de 0,8% está vinculado a esse tipo de fraude.”⁸¹⁹

À primeira vista, pode-se dizer que os escritórios de advocacia adeptos a esta prática estão dentro de seu direito de ação, aproveitando-se das benesses processuais existentes em uma relação de consumo, o que facilita na obtenção de uma liminar.

Porém, ao analisarmos a intenção do agente, o dolo, verifica-se que a proposição da ação jamais foi destinada a obter um provimento jurisdicional, tratando-se de uma artimanha para que a parte possa tomar novos empréstimos junto ao banco.

In casu, verifica-se outro caso de abuso do direito de ação, aproveitando-se do Poder Judiciário para enriquecer ilicitamente.

Em que pese restar configurado um verdadeiro caso de litigância de má-fé, este instituto não é suficiente para inibir tais práticas, pois mesmo aplicando as sanções previstas ao litigante, ainda sim é vantajoso financeiramente.

Noutro giro, observa-se que o caso trazido amolda-se ao chamado estelionato judiciário, visto que a parte induz o juízo a erro, que defere a liminar pleiteada, oportunizando a vantagem ilícita em prejuízo das instituições financeiras.

Em sede de análise sumária, na qual é apreciado o pedido liminar, o juiz não dispõe de meios para analisar a suposta intenção da parte, atendo-se ao caso abordado e a experiência na matéria.

Este cenário de constantes abusos de instituições financeiras, aliado à hipossuficiência do consumidor na relação contribuem para uma decisão favorável, sepultando a probabilidade de um maior controle judicial prévio sobre a matéria.

Destarte, há uma certa dificuldade em detectar o suposto meio fraudulento utilizado para ocasionar o erro do juiz, resultando na vantagem indevida; este verifica-se na simples proposição da ação com a reserva mental de que não haverá continuidade após a

decisão liminar, pois o objetivo é simplesmente a realização de novos empréstimos, os quais jamais serão pagos.

O Direito Penal pátrio é norteado pela teoria finalista, sendo a reserva mental do agente imprescindível para a caracterização do injusto; o agente, ao praticar um ato, almeja um fim específico, sendo este o elemento subjetivo da norma penal.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado preceitua que: “Com o finalismo se opera um giro copernicano na sistemática jurídica do delito: o atuar humano é uma atividade ordenada finalisticamente, o que exige o exame de seu conteúdo subjetivo (vontade), não se tratando de simples processo de natureza causal, objetivo e 'cego'; a tipicidade inclui elementos objetivos (tipo objetivo) e elementos subjetivos (tipo subjetivo); a ilicitude tem conteúdo objetivo e subjetivo, sendo o injusto pessoal (desvalor da ação e desvalor do resultado); e a culpabilidade entendida como normativa pura (imputabilidade, exibibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude).”⁹²⁰

O que se tenta demonstrar é que não bastasse a conduta dos supostos prestadores deste serviço amoldar-se no tipo penal de estelionato, cristalina é intenção em lesar os bancos, restando preenchidos os tipos subjetivos e objetivos.

Não obstante, observa-se que a atividade em tela ocorre em âmbito nacional, sendo inestimável o prejuízo ao sistema financeiro, não se tratando de casos isolados.

Depreende-se da reportagem que, somente em 2 (duas) comarcas do Estado da Paraíba, o valor estima dos contratos suspensos alcançaram R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais), resultando na diminuição da oferta de crédito consignado, e até mesmo o não oferecimento do serviço por parte de algumas entidades.

A limitação de crédito disponível impacta diretamente na economia, causando uma diminuição nas vendas em diversos setores, redução de empregos, e uma queda da qualidade de vida da população.

O dano causado pela despenalização do estelionato judiciário é imensurável, pois a indução de um magistrado ao erro gera possibilidades intermináveis ao agente, sendo

necessária uma imediata repressão penal, visando inibir eventuais práticas danosas à coletividade.

CONCLUSÃO

O estelionato judiciário, ao contrário do que a jurisprudência majoritária afirma, encontra amparo legal para sua tipificação, na medida que o próprio tipo penal do estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, admite interpretação extensiva.

Apesar do conflito existente entre o reconhecimento deste crime e o direito de ação, garantia constitucional à disposição de todas as pessoas, a experiência dos últimos anos demonstrou que a defesa ilimitada deste direito resultou em abusos, os quais vem sendo constantemente, gerando prejuízos incalculáveis.

É cediço que, por obedecer o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal não deve tutelar bens jurídicos protegidos por outras esferas, como, no caso em tela, a condenação em litigância de má-fé nos casos de eventuais deslealdades processuais.

Ocorre que a sanção processual cabível mostra-se ineficaz, na medida que a conduta torna-se vantajosa mesmo diante de sua aplicação; deduzindo a multa e a indenização prevista ao litigante, ainda assim ao agente auferiu lucro em sua empreitada.

Face disto, deve-se recorrer a *ultima ratio* do Direito Penal como medida assecuratória do uso correto do direito de ação, visto que a persecução penal, ao dispor de institutos como o da perda dos bens objetos do crime, prisão preventiva e pena de reclusão, faz com que a conduta se torne muito menos atraente aos olhos alheios.

Não obstante a necessidade jurídica de penalização da conduta, esta extrapolou a esfera estritamente jurídica ao causar pesados impactos econômicos, resultando na frustração de credores, fechamento de empresas, redução na oferta de trabalho, encolhimento da oferta de crédito, podendo, a longo prazo, acarretar verdadeiro retrocesso ao desenvolvimento sustentável do país.

Diante de todas as razões articuladas neste arrazoado, é imprescindível que os tribunais superiores reconsiderem seus conceitos acerca do estelionato judiciário, sob pena de uma insegurança jurídica generalizada e um possível descrédito da população para com o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Estelionato Judiciário*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. n. 5. p. 209-217. Rio de Janeiro: UERJ, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGRO, Maíra. *Crédito consignado é alvo da indústria de liminares*. 26 mar. 2013.

Disponível em:

http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14075. Acesso em: 27 nov. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.