



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARTIN RAMALHO DE FREITAS LEÃO REGO

**LIMITES HERMENÊUTICOS À CRIMINALIZAÇÃO PELO DELITO DE
ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL**

Maceió
2024

MARTIN RAMALHO DE FREITAS LEÃO REGO

**LIMITES HERMENÊUTICOS À CRIMINALIZAÇÃO PELO DELITO DE
ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Maceió
2024

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Maria Helena Mendes Lessa – CRB-4 – 1616

R3431 Rego, Martin Ramalho de Freitas Leão.
Limites hermenêuticos à criminalização pelo delito de estelionato contra a
seguridade social / Martin Ramalho de Freitas Leão Rego. – 2024.
[130] f. il.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.
Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Maceió, 2024.

Bibliografia: f. [119-130].

1. Direito Penal. 2. Criminalização secundária. 3. Interpretação – Lei penal.
4. Tipicidade. I. Título.

CDU: 343.214



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

MARTIN RAMALHO DE FREITAS LEÃO RÊGO

LIMITES HERMENÊUTICOS À CRIMINALIZAÇÃO PELO DELITO DE ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador(a): Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Profa. Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa

Documento assinado digitalmente
gov.br ELAINE CRISTINA PIMENTEL COSTA
Data: 01/10/2024 17:21:12-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Julgamento: Aprovado, com nota 9,5 (nove e meio) Assinatura: _____

Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

ROSMAR ANTONNI
RODRIGUES CAVALCANTI
DE ALENCAR:JU197
Assinado de forma digital por ROSMAR ANTONNI
RODRIGUES CAVALCANTI DE ALENCAR:JU197
DN: c=BR, o=UFAL, ou=Faculdade Examinadora da
Justiça - AC, ou=2814920200152, ou=Presencial,
ou=Cad. SCS Magnífico - AL, ou=PODERE RODRIGUES
ou=AMGSTRADO, ou=ROSMAR ANTONNI RODRIGUES
CAVALCANTI DE ALENCAR:JU197
Data: 2024.10.02 14:54:48 -03'00'

Julgamento: Aprovado, com nota 9,5 (nove e meio) Assinatura: _____

Prof. Dr. Patrick Lemos Cacicedo (USP)

Documento assinado digitalmente
gov.br PATRICK LEMOS CACICEDO
Data: 02/10/2024 15:52:36-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Julgamento: : Aprovado, com nota 9,5 (nove e meio) Assinatura: _____

Maceió-AL, 30 de setembro de 2024.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todo o apoio e momentos felizes.

Aos colegas de curso, por todo o companheirismo ao longo desta jornada.

Aos colegas de trabalho, pela ajuda na compatibilização de atividades.

Aos professores do Programa, por todos os ensinamentos.

Ao professor orientador, por toda assistência para a conclusão do curso.

À ESMAL, pela oportunidade de publicar a primeira versão do Capítulo 6 desta dissertação, em livro co-organizado com o professor orientador.

RESUMO

Na presente dissertação de mestrado, registra-se a investigação do processo de criminalização secundária pelo delito de estelionato (art. 171, CP) majorado por ser praticado contra órgãos do sistema de seguridade social (§ 3º). O objetivo da pesquisa se restringe às condutas praticadas de forma individual, aproximando-se de beneficiários regulares do sistema, sem maior expertise delitiva. Mesmo sendo inequívoco que, nesses casos, possa haver irregularidade, ilicitude, dolo e prejuízo ao Erário a ensejar reação estatal, problematiza-se se o direito penal é o meio adequado para esse fim. A hipótese adotada é a de que a criminalização desses casos representa hipertrofia do poder punitivo do Estado para a solução de conflitos pouco relevantes que poderiam ser tratados por outros ramos do direito, como o civil e o administrativo. A pesquisa possui um enfoque hermenêutico, buscando compreender e criticar os caminhos cognitivos para a construção do juízo de criminalização em concreto à luz dos fundamentos constitucionais do direito estatal de punir (*jus puniendi*). A metodologia adotada é a de revisão de literatura jurídica e interdisciplinar e estudo de legislação e jurisprudência, aos moldes de uma pesquisa documental, com ênfase em julgados do Superior Tribunal de Justiça. Parte-se da premissa de que a dogmática penal não pode ser compreendida isoladamente, sendo essencial compreender o contexto social, sistemático e político-criminal da lei penal incriminadora. A investigação é iniciada por um debate epistemológico sobre a noção de “crime do colarinho branco” e sua aplicabilidade a delitos cometidos por pessoas de classes economicamente subalternizadas. Em seguida, analisam-se elementos para a formação de uma hermenêutica penal-constitucional restritiva e sua aplicação ao delito de estelionato. Após, passa-se ao exame da configuração do crime de estelionato contra a Seguridade Social, buscando-se compreender a estrutura desse sistema, nuances sociais das fraudes contra ele praticadas e perspectivas descriminalizadoras a partir dos princípios da subsidiariedade e insignificância. Partindo para uma análise mais prática, examina-se a tipicidade do estelionato quando praticado no âmbito dos processos judicial e administrativo, problematizando-se, por essa ótica, a aplicabilidade do direito penal. Finalmente, é feita uma análise da configuração do estelionato pelo saque do FGTS fora das hipóteses legais, situação *sui generis* inserida no âmbito da Seguridade Social na qual se discute a aplicação do princípio da subsidiariedade na subsunção das elementares “vantagem ilícita” e “prejuízo alheio” do tipo penal. Ao longo desse percurso investigativo, confirma-se a hipótese inicialmente posta, verificando-se que há diversos aspectos autônomos e complementares que conduzem à não criminalização do rol de condutas aqui delimitado.

Palavras-chave: Direito Penal. Criminalização secundária. Interpretação. Tipicidade.

ABSTRACT

This master's thesis investigates the process of secondary criminalization for the crime of embezzlement (art. 171, criminal code), increased because it is committed against bodies of the social security system (§ 3º). The objective of the research is restricted to conduct practiced on an individual basis, approaching regular beneficiaries of the system, without greater criminal expertise. Even though it is clear that, in these cases, there may be irregularity, illegality, intent and damage to the treasury that give rise to a state reaction, the question is whether criminal law is the appropriate means to this end. The hypothesis adopted is that the criminalization of these cases represents a hypertrophy of punitive power to resolve conflicts of little relevance that could be dealt with by other branches of law, such as civil and administrative law. The research has a hermeneutic approach, seeking to understand and criticize the cognitive paths for the construction of the concrete criminalization judgment in the light of the constitutional foundations of the state's right to punish (*jus puniendi*). The methodology adopted is a review of legal and interdisciplinary literature and a study of legislation and case law, along the lines of documentary research, with an emphasis on judgments from the Superior Court of Justice. It starts from the premise that criminal dogma cannot be understood in isolation, and that it is essential to understand the social, systematic and political-criminal context of incriminating criminal law. The investigation begins with an epistemological debate on the notion of white-collar crime and its applicability to crimes committed by people from economically underprivileged classes. Next, elements are analyzed for the formation of a restrictive criminal-constitutional hermeneutic and its application to the crime of embezzlement. We then move on to examine the configuration of the crime of fraud against social security, seeking to understand the structure of this system, the social nuances of fraud against it and the decriminalizing perspectives in the light of the principles of subsidiarity and insignificance. Moving on to a more practical analysis, we examine the typical nature of fraud when practiced in judicial and administrative proceedings, problematizing the applicability of criminal law from this perspective. Finally, an analysis is made of the configuration of fraud by withdrawing the FGTS outside the legal hypotheses, a *sui generis* situation in which the application of the principle of subsidiarity to the subsumption of the elements "illicit advantage" and "damage to others" of the criminal type is discussed. In the course of this investigation, we conclude that the hypothesis initially put forward is confirmed, verifying that there are several autonomous and complementary aspects that lead to the non-criminalization of the list of conducts outlined here.

Keywords: Criminal law. Secondary criminalization. Interpretation. Typicality.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

AgInt - Agravo Interno

AgRg - Agravo Regimental

AREsp - Agravo em Recurso Especial

BPC - Benefício de Prestação Continuada

CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social

CEF - Caixa Econômica Federal

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

HC - *Habeas Corpus*

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social

PBF - Programa Bolsa Família

REsp - Recurso Especial

RGPS - Regime Geral de Previdência Social

RHC - Recurso ordinário no *Habeas Corpus*

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O COMETIMENTO DE CRIMES DO COLARINHO BRANCO POR PESSOAS DE CLASSES ECONOMICAMENTE SUBALTERNIZADAS: UM DEBATE EPISTEMOLÓGICO NECESSÁRIO	14
2.1. A correlação entre a criminalidade do colarinho branco e os integrantes das classes dominantes na obra de Edwin Sutherland	15
2.2. A possibilidade de pessoas de classes subalternizadas cometerem crimes do colarinho branco: uma leitura pós-moderna	21
2.3. Debates em torno da seletividade no enfrentamento dos crimes de colarinho branco	25
3. ELEMENTOS PARA UMA HERMENÊUTICA PENAL-CONSTITUCIONAL RESTRITIVA E SUA APLICAÇÃO AO DELITO DE ESTELIONATO	31
3.1. Considerações sobre a constitucionalização do direito penal e o princípio da proporcionalidade	31
3.2. Debates dogmáticos sobre a aferição da tipicidade penal de uma conduta	38
3.3. O estelionato como tipo penal aberto e os cuidados necessários na construção de um juízo de criminalização	45
4. DEBATES EM TORNO DA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL: SIGNIFICÂNCIA E SUBSIDIARIEDADE	55
4.1. A estrutura jurídica e administrativa da seguridade social e sua relevância para fins de proteção penal na pós-modernidade	55
4.2. A configuração do estelionato contra a seguridade social e reflexões à luz do princípio da subsidiariedade	65
4.3. A significância das lesões à seguridade social: uma crítica à jurisprudência do STJ	72
5. ATIPICIDADE DO ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL PELO SEU ASPECTO PROCEDIMENTAL	82
5.1. Atipicidade do estelionato contra a seguridade social praticado no bojo do processo judicial	82
5.2. Atipicidade do estelionato contra a seguridade social no contexto do processo administrativo	89
6. ATIPICIDADE DO ESTELIONATO PELO SAQUE INDEVIDO DO FGTS: UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ	96
6.1 Aspectos jurídicos e administrativos do FGTS: publicização do patrimônio privado	96
6.2. A tutela penal sobre as regras de saque do FGTS pelo trabalhador: atipicidade formal do delito de estelionato	101
6.3. Intervenção mínima do direito penal em questões administrativas: atipicidade material do delito de estelionato	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	119

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a investigar o processo de criminalização secundária pelo delito de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, tendo como sujeito passivo os órgãos estatais integrantes do sistema da Seguridade Social, composto pelos subsistemas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde, razão pela qual incide a causa de aumento de pena, de um terço, prevista no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal.¹

O escopo do presente trabalho é a aplicação do tipo penal do estelionato para os casos de concessão indevida de benefícios financeiros individuais no contexto da Seguridade Social, notadamente da Assistência e da Previdência Social. Isto é, a transferência direta de valores entre o Estado e uma pessoa que deveria cumprir requisitos legais que variam conforme o caso e a finalidade de cada política pública. Assim, fogem desse recorte os grandes casos de fraude, perpetrada por grupos criminosos organizados para desviar recursos públicos em larga escala, envolvendo, muitas vezes, a participação de servidores e a concessão ou desvio de benefícios de diversas pessoas, seja com a conivência dela, seja à sua revelia.

Justo o oposto, uma das problemáticas aqui proposta é a proximidade entre um beneficiário regular das políticas públicas de seguridade social e alguém que tenta se enquadrar nesse perfil, mas não pôde fazê-lo por descumprir um, algum ou todos os requisitos legais - muito embora isso não signifique que a pessoa não precise do benefício pleiteado, ainda que em menor medida. Há casos ainda que a pessoa cumpriu todos os requisitos para a concessão de um benefício e continuou auferindo após deixar de cumprir algum. Recortam-se aqui os casos imputados como estelionato em que o agente, em nome próprio ou representando terceiro, reivindica benefício que defende que tem ou que deveria ter direito, ainda que o faça induzindo ou mantendo em erro o órgão público responsável pela sua concessão ou administração.

Como exemplos meramente ilustrativos, citam-se: (i) descendentes que continuam a receber benefícios previdenciários ou assistenciais após a morte do(a) ascendente, deixando de proceder à devida comunicação ao Poder Público; (ii) beneficiários do Programa Bolsa Família (PBF) que continuam recebendo o benefício mesmo após deixar de cumprir algum requisito, como o de renda, em decorrência de ter começado a trabalhar ou de ter se casado ou

¹ Art. 171 - 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:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 3º - 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.

constituído união estável com pessoa que possui renda; (iii) o empregado que, em acordo com o empregador, simulam demissão sem justa causa para o recebimento do seguro-desemprego; (iv) trabalhadores que mentem ou forjam algumas das hipóteses legais para o saque do FGTS; (v) pessoas que simulam situações de fato, omitindo ou forjando informações a respeito das suas condições pessoais para tentar cumprir algum requisito para a concessão de benefícios, como: situação de pobreza ou miserabilidade, condição de agricultor ou pescador, possuir alguma doença, deficiência ou incapacidade para o trabalho.

É inequívoco que, em casos como esses, possa haver irregularidade, ilicitude, dolo, prejuízo ao Erário e que isso deve ensejar uma reação, uma sanção do Poder Público, mas a questão que se coloca é se o direito penal é o meio hábil e adequado para esse fim. Adota-se a hipótese de que a criminalização em casos como esses é um manifesto excesso, representando uma hipertrofia do poder punitivo (*jus puniendi*), ante a sua utilização em conflitos que poderiam ser adequada e satisfatoriamente sanados por outros ramos do direito, como o civil e administrativo, que são totalmente aptos a promover a reparação do prejuízo causado, fornecer uma resposta simbólica para fins preventivos e, em menor medida, repressivos.

Por outro lado, não se insere no escopo deste trabalho a possibilidade de responsabilização por crimes autônomos na prática do ato imputado como estelionato, como a falsificação de documento público ou particular.

Dá-se à presente investigação um enfoque hermenêutico, no sentido de perquirir e problematizar os caminhos cognitivos traçados pelos operadores do direito para a construção de um juízo de criminalização no caso concreto. Trata-se de um recorte epistemológico que tem como cerne a dogmática penal a qual, todavia, não pode ser compreendida isoladamente, sendo imprescindível que o aplicador da lei penal seja conhecedor do contexto social em que se dá o crime em análise, por meio de noções de criminologia, além de ter uma visão crítica de como os casos em análise se inserem em um contexto maior de políticas criminais. Assim, dota-se o referencial teórico da constitucionalização do direito penal, alicerçando-se em autores como Silvestroni², Lima³, Feldens⁴, Mesa⁵, Ávila⁶, Barroso⁷, Mendes e Branco⁸.

² SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

³ LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵ MESA, Gloria Patricia Lopera. **Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales**. Lima (Perú): Palestra Editores, 2023.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Para atingir a proposta investigativa em tela, inicia-se o trabalho com um debate epistemológico acerca do que se entende por criminalidade do colarinho branco, se esse conceito poderá sempre ser aplicado a determinados tipos penais, como o estelionato, mesmo que quem o pratique sejam pessoas de classes economicamente subalternizadas, como ocorre nos casos aqui descritos. Trata-se de um debate imprescindível, na medida em que essa concepção criminológica influencia fortemente o rigor com que os crimes que se inserem nessa categoria serão processados e punidos. Assim, a construção de uma perspectiva despenalizadora dependerá, necessariamente, de uma desconstrução da associação da conduta concreta aos delitos “do colarinho branco”, sobre os quais impera uma premissa de impunidade, omissão do sistema de justiça criminal e, conseqüentemente, necessidade de maior repressão.

Passando por esse debate epistemológico pela perspectiva da criminologia, é preciso analisar os elementos que permitem formar uma hermenêutica penal-constitucional restritiva, superando uma aplicação irrefletida da norma penal incriminadora ao caso concreto para atribuir ao operador do direito um papel de construção decisória à luz da Constituição e do ordenamento jurídico como um conjunto lógico voltado a uma função social. É dizer, chamar atenção para a necessidade de tomar certos cuidados na construção de um juízo de criminalização, sobretudo em se tratando de tipos penais muito abertos, como o estelionato, a partir de pormenores concretos dos casos e dos contextos sociais em que ele se insere, além das influências ocasionadas pelos princípios da proporcionalidade, legalidade estrita e intervenção mínima.

Feita essa análise sobre os elementos orientadores da hermenêutica das normas penais, passa-se ao debate da configuração do delito de estelionato contra a Seguridade Social, o que perpassa pela: (i) estrutura jurídica e administrativa desse sistema e as principais problemáticas envolvendo o seu funcionamento; (ii) sua proteção penal em um contexto pós-moderno de expansão do direito penal e do tratamento criminal do risco na sociedade; (iii) avaliação de como a conduta imputada como estelionato se dá na prática, as nuances e críticas sociais que o permeiam, inclusive em uma breve perspectiva comparada; (iv) possibilidade de tratamento dessas condutas por outros sistemas jurídicos, como o direito administrativo, mediante a responsabilização civil ou até mesmo o sancionamento administrativo; (v) análise da significância das lesões ocasionadas por essas condutas; e (vi) um olhar crítico sobre o entendimento firmado no STJ sobre essa questão.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Passando-se a um olhar mais concreto e prático sobre as condutas imputadas como estelionato contra a Seguridade Social, não se pode olvidar que a concessão dos seus benefícios pressupõe, necessariamente, um processo administrativo ou judicial no qual se reúnem os elementos necessários para demonstrar se, ao requerente, assiste ou não o direito pleiteado. Em se tratando de procedimentos em que é assegurado à parte afetada, a Administração Pública, o poder-dever de averiguar e, sendo o caso, contraditar o alegado pelo particular, além de o julgamento ocorrer por parâmetros técnicos para se alcançar uma certeza jurídica, deve-se problematizar a configuração do delito de estelionato em razão do provimento favorável, de conteúdo econômico, obtido ao fim dessas etapas.

Finalmente, a última seção a ser explorada no desenvolvimento desta dissertação é o caso específico da imputação do delito de estelionato pelo saque do FGTS fora das hipóteses legais, entendendo-se aqui que se trata de algo que se insere na dinâmica da Seguridade Social, inclusive porque essas verbas estão previstas no art. 7º da Constituição Federal junto com outros direitos trabalhistas tutelados pela Previdência Social. Trata-se de uma situação bastante *sui generis*, que pode representar, dentre os casos aqui delimitados, o mais notório exemplo de hipertrofia no uso do direito penal. Diferentemente de todas as outras políticas públicas aqui citadas, os valores auferidos pertencem integralmente ao autor e a ele é devido pelo fruto do seu trabalho, consistindo a irregularidade na sua mera obtenção antes do momento fixado em lei. A crítica da tutela criminal nesse caso se dá, principalmente, pelo tratamento público dado a uma verba eminentemente particular e pelo desvirtuamento do delito de estelionato para criminalizar a auferição de um patrimônio que pertence ao próprio agente. Pela ótica dogmática, questiona-se, ainda, a compatibilidade dessas condutas com as elementares “vantagem ilícita” e “prejuízo alheio” do tipo penal do estelionato.

Utiliza-se como metodologia de pesquisa a revisão de literatura, recorrendo-se a textos nacionais e estrangeiros que versam sobre interpretação e dogmática penal e, de modo auxiliar, sobre criminologia, políticas criminais, e temas de administração, economia e políticas públicas correlatos à atividade estatal afetada pela conduta que se imputa como estelionato. Foram analisados também a legislação nacional aplicável aos casos recortados e precedentes jurisprudenciais, com ênfase no STJ, escolhido por ser o órgão jurisdicional responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, única fonte imediata de criminalização. Trata-se de pesquisa documental⁹, sendo os atos normativos escolhidos para

⁹ REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-190

exame a partir da pertinência com os tópicos aqui abordados e, havendo concorrência nesse critério, foram priorizados os mais recentes. A análise das fontes de pesquisa deu-se a partir de uma sistemática dedutiva, ou seja, partindo de premissas gerais para conclusões específicas.

A presente dissertação de mestrado se insere totalmente na proposta da Linha de pesquisa n° 4 deste Programa de Pós-Graduação em Direito, na medida em que discute a adequação da aplicação de normas penais por perspectivas de políticas criminais, além de debater a criminalização de determinadas condutas em supressão prescindível de direitos fundamentais subjetivos, notadamente a liberdade.

Também há a devida adequação à área de concentração do curso de mestrado, porquanto o recorte investigativo aqui traçado parte dos fundamentos constitucionais do direito de punir (*jus puniendi*) e os parâmetros para a sua aplicação ao rol de condutas aqui delimitado, além de discutir a necessidade de proteção e máxima efetividade do direito fundamental à liberdade.

Por fim, destaca-se que a presente pesquisa não se propõe a esgotar a matéria ou propor soluções definitivas ou indiscutíveis para a problemática jurídica posta. Pretende-se, em realidade, trazer subsídios para que o tema seja debatido na Academia e, principalmente, entre os operadores do direito, esperando-se que as questões aqui postas sejam repensadas com maior profundidade e cuidado sobre os possíveis excessos no uso do direito penal.

2. O COMETIMENTO DE CRIMES DO COLARINHO BRANCO POR PESSOAS DE CLASSES ECONOMICAMENTE SUBALTERNIZADAS: UM DEBATE EPISTEMOLÓGICO NECESSÁRIO

O presente capítulo tem como proposta o desenvolvimento de uma releitura epistemológica sobre a construção conceitual dos “crimes de colarinho branco”, colocando como problemática central a possibilidade do seu cometimento por pessoas de classes sociais subalternizadas. Trata-se de um debate necessário na criminologia, com notórios reflexos na praxe do sistema de justiça criminal, haja vista que essa modalidade de delitos tem ensejado entendimentos divergentes entre os estudiosos.

Essa abordagem parte da premissa de que o crime de estelionato, na maioria das suas modalidades, mesmo aquelas aqui delimitadas, insere-se no rol de crimes do colarinho branco. Isso porque, por uma perspectiva criminológica, o estelionatário resguarda profundas semelhanças com o criminoso do colarinho branco, notadamente a facilidade de interação social. Já por uma ótica dogmática, o estelionato é um tipo penal associado aos crimes econômicos, voltados à proteção de bens jurídicos supra individuais¹⁰ cuja ameaça, via de regra, ocorre por iniciativa de integrantes das classes privilegiadas.

A nomenclatura “crime ‘do colarinho branco’” (*White Collar Crime*), adotada por Edwin H. Sutherland em publicação de meados de 1940, evidencia a pretensão de associá-los aos sujeitos privilegiados, caracterizados pela sua vestimenta distintiva. O que é feito em oposição aos indivíduos de colarinho azul, vestimenta comum dos operários americanos que laboravam na indústria desenvolvendo trabalhos manuais ou braçais.

Em que pese a clara pretensão de associar esse rol de delitos à elite socioeconômica, uma acepção atual dos “crimes do colarinho branco” exige que se discuta em que medida a participação de pessoas da alta sociedade é essencial para a sua caracterização. Trata-se de uma expressão que vem se tornando vaga, cabendo a cada intérprete, ao empregá-la, definir os seus contornos semânticos e repercussões na tese criminológica desenvolvida.

O debate acerca do limite e alcance da expressão “crimes de colarinho branco” é essencial tanto pela escassez de sinônimos como pela sua ampla adoção no contexto de desenvolvimento de políticas criminais e teses jurídicas. Certamente o ponto de maior divergência teórica seria a possibilidade de pessoas pobres, humildes ou de classe média

¹⁰ MACRI JÚNIOR, José Roberto. **O engano típico no estelionato**. Tese de Doutorado (Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 232.

serem autoras desses delitos - hipótese que aqui se investiga pelas mais diversas perspectivas, especialmente a de classe.

Seja a classe social do agente essencial ou não para definição do crime de colarinho branco, trata-se de elemento que deve ser analisado para a compreensão desses delitos em concreto, notadamente no que se refere à seletividade das instâncias formais e informais de controle social.

Adota-se como referencial teórico, para esta seção da presente dissertação, a obra de Edwin H. Sutherland¹¹ sobre criminalidade do colarinho branco, versão espanhola, cuja leitura é feita em conjunto com outros manuscritos sobre o tema, que o abordam a partir de matrizes teóricas diversas.

2.1. A correlação entre a criminalidade do colarinho branco e os integrantes das classes dominantes na obra de Edwin Sutherland

No prólogo da versão de língua espanhola da obra de Sutherland, Fernando Alvarez-Uría¹² (1999, p. 51) classifica seu conteúdo como “uma sociologia crítica a serviço de uma sociedade democrática”, tratando-se de um trabalho que resultou não só admirável, como também paradigmático. Algo que se deve, em grande parte, por ter iluminado uma zona que se mantinha na penumbra, servindo de amparo aos crimes dos poderosos do ponto de vista político e econômico. O conceito do “crime do colarinho branco” representa um ponto sem retorno no caminho para detectar as omissões do sistema de justiça criminal, permitindo avançar em favor de uma sociedade na qual prevaleça um tratamento mais isonômico.

Na sua obra sobre a criminalidade do colarinho branco, Sutherland¹³ introduz uma contextualização sobre esse tipo de delito expondo um paradigma segundo o qual, conforme se entende comumente e se mede oficialmente, resta demonstrado, de modo inequívoco, que as estatísticas delitivas têm um alto índice na classe socioeconômica subalternizada e um baixo índice na classe socioeconômica privilegiada. Uma referência que leva em consideração os crimes comuns do Código Penal americano, como homicídio, furto, roubo e delitos de natureza sexual.

¹¹ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

¹² ALVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. *In*: SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 51.

¹³ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 59.

Desde o início da sua obra, Sutherland¹⁴ deixa nítida a sua intenção de se contrapor às teses que buscam explicar o porquê de a criminalidade estar invariavelmente associada às pessoas pertencentes aos estratos sociais inferiores. Um grande exemplo são as explicações relacionadas às patologias pessoais, compreendidas como anormalidades biológicas ou inferioridade intelectual ou instabilidade emocional, a depender da vertente de estudo. Segundo essa ótica, combatida pelo sociólogo, tais patologias estabelecem uma relação de causa e consequência com a pobreza e o cometimento das condutas delitivas, de modo que tanto a condição social degradante de uma pessoa enseja essas patologias como essas patologias impõem a sua permanência nessa condição.

Na ciência, busca-se a demonstração de como são equivocadas as teses que procuram, por meio de supostas patologias sociais ou pessoais, atribuir aos pobres a culpa pela própria condição de pobreza e pelo cometimento de delitos, isentando as elites e os detentores do poder de qualquer responsabilidade ou participação nesse cenário de desigualdades e problemas sociais.

Dentre os principais motivos pelos quais Sutherland¹⁵ defende que tais teses são inadequadas e inválidas, destaca-se o da seletividade do sistema penal, pois as pessoas pertencentes às altas classes sociais, por seu grande poder político e econômico, escapam da responsabilidade penal com frequência muito maior do que aqueles que carecem desse poder, mesmo que sejam igualmente culpados. Além disso, há a parcialidade do sistema criminal e da legislação que se aplica exclusivamente aos negócios e profissões que, pela sua natureza, compreendem somente ou majoritariamente a classe socioeconômica alta. Essa parcialidade se traduz em uma tendência de processar as condutas ilegais desse grupo na via administrativa, sem submeter os infratores aos constrangimentos de um processo criminal.

Conforme expõe Daniel Pontón¹⁶, Sutherland aportou elementos próprios para compreender a dinâmica cognitiva do crime econômico, superando pressupostos da criminologia tradicional, como sua fixação crônica pelos delitos de subclasse (*underclass*). Assim, foram trazidas importantes contribuições para demonstrar como a sociedade enxerga os delitos das classes altas, as motivações e valorações dos transgressores da lei, as lógicas corporativas desses delitos e as estratégias internas e externas para evitar a aplicação punitiva e seu estigma social. Com isso, logrou contextualizar a lógica de permissividade de condutas

¹⁴ *Idem*, p. 62.

¹⁵ *Idem*, p. 64

¹⁶ PONTÓN, Daniel. El aporte de Edwin Sutherland al análisis del crimen económico global. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, Quito (Ecuador), n. 27, p. 112-124, ago. 2020. p. 122-123.

que dilaceram a sociedade, mas que também se encontram profundamente arraigadas no folclore capitalista.

Pela perspectiva da “associação diferencial” de Sutherland, a produção de um comportamento delitivo não é um processo individual, mas social, desenvolvido no ambiente mais próximo do criminoso - círculo de amigos, familiares, colegas de trabalho, vizinhos e outros. Por esse enfoque sociológico, não interessa a história de vida do agente, mas o processo comunicativo de aprendizagem de motivações (razões) e técnicas (habilidades e métodos) delitivas. Embora não se trate de uma teoria preditiva, acaba por sugerir que os processos de desviância se dão nos grupos sociais nos quais os valores criminais imperam de maneira mais reiterativa que outros valores convencionais. Ou seja, onde os valores negativos predominam sobre os positivos¹⁷.

Os estudos de Sutherland, tanto em relação aos crimes do colarinho branco quanto a sua explicação acerca da delinquência pela associação diferencial, influenciaram significativamente a dogmática do chamado direito penal econômico, o que inclui desde a tipificação do delito até as discussões acerca da legitimidade política do direito penal para abarcar esse tipo de conduta. Nessa perspectiva, uma questão que enseja amplo diálogo entre a dogmática penal e a criminologia é o tratamento do erro de proibição, o que demanda uma análise de elementos relativos ao ambiente da tomada da decisão pelo injusto, bem como as formas disponíveis de desenvolvimento da consciência da antijuridicidade. Algo a ser investigado a partir dos meios pelos quais houve o aprendizado da prática da conduta delitiva, analisando-se não somente o sujeito culpável e suas características individuais, mas também o contexto no qual ele se insere¹⁸.

Para Rejane Pereira e Ulisses Pessôa¹⁹, a criminalidade do colarinho branco é marcada pelo poder e pela imunidade dos seus agentes, os quais compõem uma parcela privilegiada da sociedade que lucra com os riscos do sistema capitalista, traduzindo-se como vantagens socioeconômicas em prejuízo do Estado e da coletividade. De acordo com os autores, em que pese as críticas recebidas por Sutherland por introduzir elementos de cunho valorativo na análise criminológica de tais delitos, a sua abordagem tem por principal mérito a constatação de que a reação social ao delito é desigual em razão da condição dos seus autores: pessoas que

¹⁷ *Idem*, p. 114.

¹⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca/SP, v. 19, n. 30, p. 1-19, 2017. p. 15.

¹⁹ PEREIRA, Rejane Pimenta; PESSÔA, Ulisses. Os crimes de colarinho branco: uma análise acerca da criminalidade econômica à luz da teoria da associação diferencial. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 54-69, 2018. p. 67.

pertencem a estratos sociais privilegiados e gozam de respeitabilidade estimável dificilmente se abalam com a responsabilização criminal.

As contribuições de Sutherland foram imprescindíveis para trazer visibilidade aos delitos econômicos, associados às classes altas, que sequer eram objeto de análise pela criminologia convencional, assim como são os chamados crimes “de rua”. Este se opõe aos chamados delitos “do colarinho branco”, que seriam marcados pelo pouco rechaço social sobre eles; a sofisticação do cometimento dos atos por parte dos infratores, que muitas vezes o faziam de forma indetectável; e a tendência dos operadores judiciais de se apartar dos métodos punitivos para o controle dessas práticas delitivas²⁰.

Nesse sentido, a ideia do criminoso do colarinho branco é construída em oposição à do “ladrão profissional”, que se enxerga como delinquente assim como o público em geral o faz, não nutrindo qualquer desejo de sustentar uma boa reputação pública, justo o oposto, orgulhando-se de sua condição de contraventor. Por sua vez, o criminoso do colarinho branco enxerga-se como “pessoa de bem” (honrado, de boa índole) e depende desse status de respeitabilidade perante o público para manter suas atividades ilícitas²¹.

A respeito do estigma social pelo cometimento de um crime, Sutherland²² compara os delitos do colarinho branco com a delinquência juvenil, apontando que, em ambos os casos, os procedimentos da lei penal são modificados para que a infâmia do delito não se conecte com os delinquentes. Porém, essa estratégia se mostra menos efetiva para a delinquência juvenil, porque os seus procedimentos se aproximam mais dos procedimentos penais convencionais, já que a maioria dos agentes advém das classes sociais mais baixas e os jovens não estão articulados para proteger seus “bons nomes”. Tanto é que os jovens infratores foram amplamente incluídos no terreno dos estudos criminológicos, ao contrário do que ocorreu com os crimes do colarinho branco, por não ostentar símbolos externos que não o associam com a criminalidade em sua acepção comum.

Assim, como explana Leandro França²³, Sutherland foi pioneiro ao anunciar as cifras ocultas dos índices de criminalidade, tendo antecipado também uma profunda percepção da desigualdade na investigação, persecução, julgamento e condenação de certas condutas e de

²⁰ PONTÓN, Daniel. El aporte de Edwin Sutherland al análisis del crimen económico global. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, Quito (Equador), n. 27, p. 112-124, ago. 2020. p. 115.

²¹ PEREIRA, Rejane Pimenta; PESSÔA, Ulisses. Os crimes de colarinho branco: uma análise acerca da criminalidade econômica à luz da teoria da associação diferencial. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 54-69, 2018. p. 67.

²² SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 100.

²³ FRANÇA, Leandro Ayres. A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 53-74, jan./jun. 2014. p. 72.

determinados agentes. Além disso, trouxe o esboço de uma ideia referente aos interesses difusos e coletivos na qualidade de bens jurídicos afetados por condutas ilícitas. Ou seja, trata-se de uma modalidade de delito que se faz particular por não afetar de modo claro e direto a um ou alguns indivíduos, mas a todo um coletivo, prejudicando diversas pessoas de forma indiscriminada, o que confere às vítimas uma condição de anonimato.

Uma grande questão que permeia a análise dos crimes de colarinho branco é uma dificuldade de compreensão da dimensão do dano causado por esse tipo de conduta, que demanda uma razoável compreensão do funcionamento da ordem econômica e das instituições, notadamente quando comparados com crimes cometidos com violência ou grave ameaça, cuja aversão social possui uma natureza emocional, imediata e instintiva. A esse respeito, uma pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos por Kristy Holtfreter e outros²⁴ revelou que a maioria dos entrevistados relatou que os criminosos violentos deveriam ser punidos de forma mais severa do que os criminosos de colarinho branco, ao passo que apenas um terço expressou opinião oposta.

Para ilustrar o potencial lesivo dos crimes de colarinho branco, estudos estatísticos realizados nos Estados Unidos em meados de 2005 indicaram que tais crimes resultaram em perdas anuais para as vítimas superiores a 250 milhões de dólares, o que se mostra bastante discrepante com estimativas de 17,6 mil milhões de dólares para perdas acumuladas devido a crimes patrimoniais pessoais e domésticos²⁵. Como defende o autor, embora essas diferenças já persistissem há muito tempo, a percepção pública e o medo do crime violento nas ruas alimentaram desproporcionalmente a atenção dos investigadores e das agências de justiça criminal em relação à segunda modalidade de crimes - algo que só viria a ser mitigado com escândalos em empresas de grande porte, o que acabou por aumentar a consciência pública sobre a situação econômica e social a respeito dos crimes de colarinho branco.

Por essa ótica, destaca Francis Beck²⁶ que o aprendizado da conduta criminosa inclui desde as técnicas de cometimento do ilícito até a racionalização de tal comportamento, ou seja, a motivação, a justificativa, as atitudes diante da conduta e outros. A conduta é aprendida quando as definições gerais do grupo mais influente estão em desacordo com a norma, haja vista que cada sujeito interage com diversos grupos, alguns dos quais podem ser avessos à

²⁴ HOLTFRETER, Kristy *et al.* Public perceptions of white-collar crime and punishment. **Journal of Criminal Justice**, v. 36, n. 1, p. 50-60, mar./abr. 2008. p. 57-59.

²⁵ HOLTFRETER, Kristy. Is occupational fraud “typical” white-collar crime? A comparison of individual and organizational characteristics. **Journal of Criminal Justice**, v. 33, n. 4, p. 353-365, jul./ago. 2005. p. 359-360.

²⁶ BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “Andar de Cima”**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2013. p. 144-145.

observância das leis, ao passo que outros podem ser adeptos. A perspectiva da associação diferencial indica que a conversão de alguém à delinquência é ocasionada pelo excesso de definições desfavoráveis ao descumprimento da legislação e, em razão disso, acaba por isolar os grupos que primam pela sua observância.

O contato diferencial é variável, a partir de fatores como a frequência, a duração, a prioridade e a intensidade do contato favorável à delinquência. Além disso, nem todo contato influencia o agente da mesma maneira, afinal, é certo que “um indivíduo não adota o modelo de conduta de outro a quem não confere prestígio, ou que se encontra isolado em uma subcultura favorável à norma, ou que não seja muito íntimo”²⁷.

Nesse contexto, o prestígio social é um elemento central no estudo de Sutherland²⁸, na medida em que os crimes de colarinho branco, por serem associados a um grupo social privilegiado, são marcados por uma política de eliminar o estigma do delito, priorizando um tratamento não penal. Em que pese as sanções cíveis possam ter efeitos financeiros tão severos quanto as penais, essas não compreendem o estigma que se espera por responder a um processo e ser condenado por uma conduta ofensiva à coletividade. Dito de outro modo, o estigma de um crime é um castigo por si só, que se impõe com outro(s) castigo(s), como a prisão, a multa ou a restrição de direitos. Quando se impõe o estigma do delito como um castigo, imputa-se ao acusado o estereótipo popular do “delinquente”, aquele que deve ser excluído, tendo cassado seu prestígio social.

Em que pese os seus méritos, Sérgio Salomão Shecaira²⁹ demonstra que a perspectiva teórica de Sutherland merece críticas, notadamente por desconsiderar a incidência de fatores individuais de personalidade, os quais se mostram ocultos ou até inconscientes na associação e outros processos psicossociais. Afinal, o delito nem sempre é fruto de padrões racionais e utilitários, porque há fatos, ocasionais, espontâneos, impulsivos, até mesmo absurdos, alheios a qualquer processo de aprendizagem. O processo de aprendizagem depende de contatos simbólicos e nem um pouco concretos, que o torna um desenvolvimento bastante complexo. Diante dessa complexidade, não é explicada a razão pela qual uma pessoa cede à influência do modelo desviante, e outra, nas mesmas circunstâncias, não cede.

²⁷ *Idem*, p. 145.

²⁸ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 99.

²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 189.

2.2. A possibilidade de pessoas de classes subalternizadas cometerem crimes do colarinho branco: uma leitura pós-moderna

A partir da análise da obra de Sutherland³⁰, percebe-se que a associação entre os crimes do colarinho branco e as pessoas de classe social privilegiada deu-se, em grande medida, por escolha do sociólogo, a partir da sua visão de mundo, com a clara finalidade de trazer à tona os delitos de uma parcela altamente privilegiada da população, cujo status social praticamente lhe conferia imunidade contra a caracterização como “delinquente”, na acepção até então em voga da palavra. Trata-se de um esforço epistemológico de incluir os membros da elite da sociedade como objeto de estudo da criminologia, colocando-os na posição de potenciais autores de delitos, assim como as pessoas de classe social subalternizada.

Deve-se ter em vista que o conceito de “crime de colarinho branco” empregado por Sutherland³¹, no âmbito da Criminologia, data de 1940, procurou evidenciar o equívoco das teorias criminológicas da época, as quais ignoravam o abuso do poder econômico e político dos grupos privilegiados e, assim, propondo uma nova abordagem, sugerindo a aplicação dos conceitos de associação diferencial e desorganização social. Ou seja, trata-se de uma conceituação que deve ser interpretada levando-se em consideração o contexto em que foi escrita, qual seja, o de quebra do paradigma vigente, com vistas a chamar atenção para fatos indevidamente ignorados.

Inclusive a nomenclatura escolhida, crimes “do colarinho branco”, evidencia a pretensão de associá-los ao sujeitos privilegiados, caracterizados pela sua vestimenta distintiva. O que é feito em oposição aos indivíduos de colarinho azul, vestimenta comum dos operários que laboravam na indústria em trabalhos manuais ou braçais.

No contexto de escrita da obra de Sutherland³² (1999), esse jogo de estereótipos, associando modalidades de crimes a pessoas de determinadas classes sociais, pode ser algo positivo para romper com as concepções correntes na época, em que o crime era visto como algo próprio da população marginalizada. Porém, essa associação não pode ser tida como absoluta, sobretudo no contexto da pós-modernidade³³, em que a sociedade se caracteriza pela

³⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

³¹ SUTHERLAND, Edwin H.. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 93-103, dez. 2014.

³² SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

³³ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

constante transformação na sua dinâmica e desenvolvimento tecnológico. Algo que inclui a ampla difusão de conhecimentos técnicos através das redes sociais, digitais ou físicas, no sentido amplo da expressão.

O próprio sociólogo destaca que “a criminalidade de colarinho branco difere da criminalidade da classe baixa, sobretudo, na aplicação do direito penal, ao segregar administrativamente os criminosos da primeira classe dos demais”³⁴. Ou seja, essa dicotomia entre crimes de classe baixa e crimes de classe alta se dá com a finalidade de destacar que as pessoas da alta classe cometem crimes de modo significativo, mesmo que sejam relegados pelo sistema de justiça criminal, a ponto de ensejar o desenvolvimento de uma área de estudo específica da criminologia para estudar esse fenômeno social. Contudo, isso não implica dizer que pessoas de classe baixa não possam praticar os tipos penais comumente tratados como “crimes de colarinho branco”, assim como pessoas de alta classe podem cometer os denominados “crimes de rua”.

Do ponto de vista analítico, mostra-se correta a afirmação de que Sutherland acredita “que os poderosos são levados a cometer crimes exatamente pela mesma razão que os membros das classes mais desfavorecidas: ambos estão expostos a um excesso de definições favoráveis à violação da lei”³⁵. Nesse sentido, o que justificaria fixar uma distinção conceitual entre crimes de um ou outro grupo social seria o tratamento diferenciado a eles dado pelas instâncias formais e informais de controle social. O que não significa que essa distinção conceitual deve ser compreendida de modo rígido, sob pena de restringir o estudo do fenômeno criminal em sua completude, principalmente diante das transformações sociais pós-modernas.

A conceituação exata, técnica, do que viria a ser os “crimes de colarinho branco” mostra-se um desafio teórico para os estudiosos da criminologia. Como explanam Petter Gottschalk e Lars Gunnesdal³⁶, a definição de Sutherland embora tenha iluminado os estudiosos da criminologia, pode ter confundido legisladores e operadores do direito, por entender que o crime do colarinho branco é tanto um crime cometido por um tipo específico de pessoa como um tipo específico de crime. Diante dessa celeuma conceitual, os autores

³⁴ SUTHERLAND, Edwin H.. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 93-103, dez. 2014. p. 103.

³⁵ BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “Andar de Cima”**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2013. p. 145.

³⁶ GOTTSCHALK, Petter; GUNNESDAL, Lars. **White-Collar Crime in the Shadow Economy: Lack of Detection, Investigation and Conviction Compared to Social Security Fraud**. Cham (Suíça): Palgrave Pivot, 2018. p. 01.

defendem que o crime do colarinho branco não deve ser considerado um tipo específico de crime, mas apenas um crime cometido por um tipo específico de pessoa.

A compreensão dos crimes de colarinho branco como algo associado às pessoas em condição econômica privilegiada é expressa na sua distinção entre crime ocupacional e crime empresarial. O crime ocupacional é cometido por pessoas num ambiente organizacional para ganho puramente pessoal e em detrimento da organização. O crime empresarial, por sua vez, é cometido por ou em nome da organização para fins lucrativos ou de melhoria³⁷. Mesmo considerando essa subdivisão, resta evidente que há delitos considerados como do colarinho branco que podem ser cometidos individualmente, valendo-se de uma condição de vantagem, não necessariamente econômica, mas de conhecimento, que pode ser ostentada por pessoa de qualquer classe social.

A esse respeito, deve-se destacar que os crimes de colarinho branco não formam um rol estático de delitos cometidos por um grupo social privilegiado, podendo adquirir diferentes contornos a depender do contexto cultural e econômico de determinada sociedade. Nesse sentido, estudos registrados por Kristy Holtfreter³⁸, utilizando uma amostra de 1.142 (mil cento e quarenta e dois) casos de fraude ocupacional nos Estados Unidos, revelaram que mudanças nas características individuais dos infratores a depender do tipo de fraude ocupacional: apropriação indébita de ativos, corrupção e declarações fraudulentas. A análise revelou que os indivíduos que cometeram declarações fraudulentas estavam em conformidade com a imagem de “alto status” da literatura criminológica norte-americana, enquanto que aqueles envolvidos em apropriação indébita de ativos ou corrupção se assemelhavam mais à imagem de “infratores de classe média”.

Como visto, diversos elementos das explicações para o cometimento de crimes do colarinho branco não dependem de classe social para estarem presentes, ainda que a sua presença seja mais comum para pessoas em condições econômicas privilegiadas. Para ilustrar, cita-se o papel da conveniência defendido por Petter Gottschalk³⁹, a qual se mostra presente nas três dimensões do crime: econômica, organizacional e comportamental. A conveniência no crime do colarinho branco implica economia de tempo e esforço por parte de indivíduos em condição de confiança ou privilégio (não necessariamente econômico, mas contextual) para resolver um problema econômico concreto, onde as alternativas dentro da legalidade

³⁷ *Idem*, p.08.

³⁸ HOLTFRETER, Kristy. Is occupational fraud “typical” white-collar crime? A comparison of individual and organizational characteristics. **Journal of Criminal Justice**, v. 33, n. 4, p. 353-365, jul./ago. 2005. p. 353-354.

³⁹ GOTTSCHALK, Petter. Convenience in White-Collar Crime: Introducing a Core Concept. **Deviant Behavior**, v. 38, n. 5, p. 605-619, ago. 2016. p. 605.

parecem menos atraentes do que as que estão fora (ilegais) e as ameaças futuras de detecção e punição destas aparentam ser mínimas.

Não se pode olvidar que, nos dias de hoje, tem-se como tendência a constante inovação na tecnologia e práticas sociais, o que é acompanhado por uma ampla difusão de conhecimento, notadamente por meio da internet. Dessa forma, o que costumava ser apresentado e mantido como habilidade própria de determinadas pessoas ou grupos, tende agora a ser mediado por ferramentas tecnologicamente produzidas e que podem ser facilmente adquiridas no mercado⁴⁰. Com isso, tem-se que as condições necessárias para o cometimento de delitos do colarinho branco, os quais exigem, sobretudo, expertise técnica e oportunidade, cada vez mais se apresentam para pessoas não pertencentes à classe social privilegiada.

A contemporaneidade é marcada por uma expansão do direito penal, em razão do surgimento de novas áreas de interesse social que demandam proteções particulares, como o meio ambiente, a genética, a informática, bem como a confiança nas novas modalidades de relações entre integrantes de uma sociedade cada vez mais complexa. Inaugura-se, assim, novos espaços de regulação jurídica para os quais o direito penal é instrumentalizado pelo Estado para solucionar os novos conflitos⁴¹. De igual modo, tem-se cada vez mais modalidades de crimes do colarinho branco, notadamente envolvendo aqueles vinculados às possibilidades de cometimento de fraudes e esquemas ilícitos.

O contexto pós-moderno evidencia a necessidade de debater a possibilidade de conceber o cometimento de crimes do colarinho branco por pessoas de classe social subalternizada. Diversos são os contextos em que pessoas que não pertencem a um grupo social ou economicamente privilegiado se veem em condição de confiança ou privilégio para influenciar os outros ou passar credibilidade sobre algo, inclusive de forma massiva. Além disso, o conhecimento do funcionamento das instituições está cada vez mais acessível para o seu melhor proveito, seja de forma lícita ou ilícita.

Na atual realidade brasileira, um bom exemplo de delitos do colarinho branco que podem ser cometidos por pessoas de diferentes classes sociais, mas principalmente as de subalternizadas, são aqueles cometidos em detrimento do Estado, mediante a fraude e obtenção de vantagem ilícita. As áreas comuns são as de imposto de renda e outros tributos, previdência e assistência social, seja pagando menos que o devido, seja recebendo valores ilegalmente. Não faz sentido que tais crimes só sejam considerados “de colarinho branco”

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2022. p. 33.

⁴¹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 41, p. 23-47, abr./jun. 2011. p. 92.

quando cometidos por pessoas de alta classe social, mesmo que os demais elementos da conduta sejam absolutamente idênticos, inclusive o seu aprendizado, decorrente do contato entre os grupos sociais.

2.3. Debates em torno da seletividade no enfrentamento dos crimes de colarinho branco

A noção de crime do colarinho branco desenvolvida por Sutherland foi responsável por desviar a atenção da criminologia das ruas para os edifícios e escritórios. Conforme enfatizam Joost Onna e Adriaan Denkers⁴², os infratores desses delitos são comumente descritos na literatura criminológica pelo seu status social ou posição ocupacional e organizacional ou, alternativamente, pela natureza das infrações fraudulentas que cometeram. Para esses autores, independentemente da definição, os estudos convergem no sentido de realçar os infratores de colarinho branco como “indivíduos convencionalmente socializados” que alcançaram consideráveis realizações educacionais, sociais e ocupacionais. Com suas posições de classe média e alta, acredita-se que tais infratores sejam diferentes dos infratores de “crimes de rua”, pois frequentemente têm muito em jogo, como status social, um bom emprego ou um negócio notório.

Nesse contexto, autores como Lanker Ladin⁴³ colocam a impunidade como algo bastante presente na realidade brasileira, o que pode ser atribuído a falhas ou lacunas no sistema penal, como a falta de interesse das vítimas em registrar a ocorrência policial, bem como a existência dos chamados “filtros penais”, tais como: (i) nem todos os crimes noticiados à polícia são investigados; (ii) uma parte das investigações não consegue apurar elementos relevantes para a propositura de uma ação penal; (iii) dos fatos investigados, nem todos ensejam a propositura de denúncia ou queixa; (iv) nem toda ação penal proposta gera um processo com sentença de mérito (absolutória ou condenatória) por problema formal na denúncia ou queixa; (iv) muitos crimes acabam prescrevendo, sobretudo aqueles com penas baixas, como ocorre nos crimes de colarinho branco.

⁴² ONNA, Joost H.R. Van; DENKERS, Adriaan J.M. Social Bonds and White-Collar Crime: A Two-Study Assessment of Informal Social Controls in White-Collar Offenders. **Deviant Behavior**, v. 40, n. 10, p. 1206-1225, maio 2018. p. 1209-1210.

⁴³ LADIN, Lanker Vinícius Borges Silva. **A impunidade e a seletividade dos crimes de colarinho branco**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2015. p. 113.

Apesar de essas e outras falhas ou lacunas existirem no processo penal, não se pode olvidar o papel central da seletividade do sistema de justiça criminal, a qual, segundo Ladin⁴⁴, ocorre em três estágios ou níveis: (i) seletividade primária, decorrente da escolha, pelo legislador, dos atos a serem criminalizados e punidos, a intensidade da punição e as possibilidades de imunização; (ii) seletividade secundária, advinda da aplicação das normas, da escolha do operador do direito acerca de como os indivíduos serão tratados por ocasião da ação penal, desde a investigação até o julgamento final; (iii) seletividade terciária, que decorre da aplicação da pena, ou execução penal, sobretudo em relação ao tratamento administrativo e dos benefícios proporcionados aos detentos, como por exemplo, na obtenção do indulto natalino ou a progressão de regime sem que seja necessário passar por exame criminológico.

O sistema penal, responsável por estabelecer o controle de ações socialmente desviantes (delitos), em que pese ter a sua atuação pautada pela legalidade, também pode (e deve) ser analisado sob o vetor da ordem econômica na qual as pessoas estão inseridas e por ela são influenciadas⁴⁵. Essa influência, para os autores, ao ser analisada pela criminologia crítica, revela uma seletividade ilegítima operacionalizada pelas instâncias formais de controle, que refletem a própria relação social de poder, condicionando a população marginalizada ao papel de “clientela” do próprio sistema penal, em um processo de “higienização” da sociedade.

A ideia de seletividade se associa à noção de desigualdade, a qual se consagra como matriz para ocorrência em maior intensidade tanto dos crimes de pobreza, motivados pela necessidade de bens para uso, como os crimes de riqueza, motivados pela ganância possibilitada pelos bens para troca⁴⁶. As sociedades não igualitárias são estruturalmente mais humilhantes, de modo que o crime seria uma consequência desse cenário de degradação da subjetividade das pessoas de classe subalternizada.

Os estudos de Loïc Wacquant⁴⁷ sobre o tratamento político da miséria nos Estados Unidos demonstrou que, após confrontos raciais que abalaram os grandes guetos de suas metrópoles, o país se lançou em uma experiência social e política sem quaisquer precedentes ou paralelos entre as nações ocidentais do pós-guerra: a substituição progressiva de um

⁴⁴ *Idem*, p. 113-114.

⁴⁵ MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012. p. 05.

⁴⁶ BRAITHWAITET, John. Poverty, Power, White-Collar Crime, and the Paradoxes of Criminological Theory. **Australian and New Zealand Journal of Criminology**, v. 24, n. 1, p. 40-58, 1991. p. 40.

⁴⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 19-20.

Estado-providência (ainda que parcial) por um Estado penal e policial, no cerne do qual a criminalização da marginalidade e a “contenção punitiva” dos pobres faz as vezes de política social. Apesar das particularidades da sociedade americana, o estudo dessa experiência mostra-se proveitoso para compreender a seletividade e os interesses de classe no uso dos aparatos do sistema de justiça criminal.

Para Young Jock⁴⁸, as tendências excludentes da sociedade civil são exasperadas pelas tentativas de manutenção da ordem pública empreendidas pelo Estado. Essas intervenções do Poder Público assumiram a sua forma mais exacerbada nos Estados Unidos, com a defesa do policiamento de tolerância zero e com o aumento do encarceramento massivo - o que reflete uma empreitada contra a população mais econômica e socialmente vulnerável com repercussão em todo o mundo desenvolvido.

No contexto neoliberal ou pós-fordista, Juarez Cirino dos Santos⁴⁹ denuncia a realidade do sistema penal que encarcera uma população miserabilizada, selecionada dos estratos mais inferiores da sociedade, vivendo sob condições de vida indignas, insuportáveis e insuperáveis, forjadas nas contradições da lógica capitalista de desigualdades sociais e econômicas e de criminalidade predatória de rua. O Estado capitalista, os órgãos de mídia e os partidos políticos promovem uma sensação de medo e de insegurança, difundindo discursos repressivos e punitivistas, pautados por políticas públicas paranoicas de segurança e prevenção - o que é feito em contraponto à ausência de programas oficiais de educação, saúde, emprego e salário com força suficiente para erradicar a pobreza da população das periferias urbanas e a violência estrutural primária que condiciona e explica a violência individual. Nessa guerra de classes, os delitos de colarinho branco ficam envoltos em uma cortina de fumaça, afastando a atuação enérgica das forças estatais repressivas.

Por uma perspectiva crítica, o sistema penal é concebido como instrumento do sistema de classes, e como tal, consubstancia-se em escolhas políticas pensadas pelos que detêm o poder político e econômico, com vistas a contemplar seus próprios interesses⁵⁰. Na linha do que defendem esses autores, tal sistema coloca a polícia como principal meio de atuação, a qual é pautada pela manutenção do *status quo*, de modo que demandas por segurança e combate à criminalidade são respondidas com dura repressão, às vezes até desproporcional e

⁴⁸ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 179.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 397.

⁵⁰ BORDON, Lucely Ginani; DIAS, Rafael Bruno do Carmo. A polícia do colarinho branco: uma crítica à investigação criminal seletiva e simbólica. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate, Natal, v. 3, n. 1, p. 70–83, maio 2015. p. 81.

ilegal, a crimes cometidos por pessoas pobres – ao passo que os crimes de colarinho branco, leia-se, aquelas cometidos por pessoas de classe social privilegiada – estariam excluídos desse rigor repressivo, constituindo, assim, uma grande cifra oculta.

O referencial do etiquetamento social (*labeling approach*) revela que o crime não é uma realidade ontológica, mas um produto da interpretação dos fatos sociais pelas pessoas, notadamente os operadores do sistema penal, que os definem e rotulam⁵¹. Pondera a citada autora que a cifra negra (ações que, apesar de previstas em lei como delitos, não são objeto da rotulação) consiste na maioria das condutas que ocorrem na sociedade, e que demonstra, de modo inequívoco, que o sistema penal é seletivo. Seletividade essa que decorre da existência de interesses diversos que estão presentes desde a elaboração até a aplicação das leis penais, o que implica a criminalização efetiva de condutas de interesse de um grupo política e economicamente mais forte que interfere nesses processos.

A partir de um olhar analítico, tem-se a existência de uma filtragem entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida, constituindo aquilo que se denomina como seletividade penal⁵², processo esse que é fundamental para compreender quem tem o poder de definir o que é crime e influenciar em quais deles devem ou não ser objeto de ampla e intensa persecução.

Assim, por uma ótica criminológica crítica, entende-se que todo o sistema penal consiste num mecanismo de controle das classes sociais mais subalternizadas e dos excluídos pelo Estado, que é exercido pela vigilância dessas pessoas e sua manutenção no contexto de criminalidade, impedindo toda e qualquer ascensão social e organização que possam ameaçar os detentores do poder⁵³. Nas palavras da citada autora, cuida-se de uma “função latente ou oculta do direito penal, que não está presente nos discursos oficiais, mas que justifica a manutenção de um sistema altamente ineficaz, violento e desigual por tanto tempo”⁵⁴.

Pode-se dizer que “a rotulagem precedida da seletividade penal é um mecanismo que relativiza o rigor na punição do indivíduo de colar branco que comete o fato antijurídico”⁵⁵. Assim, conforme esses autores, tem-se um sistema de justiça criminal direcionado a repelir os

⁵¹ VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 196.

⁵² BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012. p. 76.

⁵³ VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 196.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ SANTOS, Débora da Silva; PESSOA, Cristiane Dupret Filipe. A seletividade do sistema penal brasileiro à luz do labelling approach como mecanismo de impunidade dos criminosos de colarinho branco. **Revista Jures**, Vitória, v. 13, n. 23, p. 35-66, mar. 2022. p. 63.

socialmente desfavorecidos e salvar os afortunados, o que é intermediado pelos processos de criminalização primária e secundária. A construção da legislação é influenciada pelas desigualdades entre as classes sociais, cujo reflexo é a indisposição na criação de normas incriminadoras cuja conduta típica tenha como público-alvo grupos de “fina etiqueta”. Paralelamente, os órgãos de controle da delinquência (criminalização secundária) são influenciados pelo direcionamento dado no primeiro tipo de criminalização na escolha, em abstrato, de condutas previstas na lei penal.

A esse respeito, Alessandro Baratta⁵⁶ destaca que todas as sociedades de capitalismo avançado têm em comum o fenômeno da escassa persecução da criminalidade de colarinho branco, a qual acaba por escapar, nas suas formas mais refinadas, das malhas sempre muito largas da lei. Algo que se deve a fatores de natureza social, como o prestígio dos agentes, o escasso efeito estigmatizante das sanções impostas e a ausência de um estereótipo que direcione as instituições oficiais de persecução penal - tal como ocorre com as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos; não se podendo olvidar os fatores de natureza jurídico-formal, como a transferência de competência para a esfera administrativa ou instâncias especiais; ou, ainda, de natureza econômica, como a possibilidade de contratação de advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciante.

Por uma perspectiva crítica nacional, Maiquel Wermuth e Paula de Campos⁵⁷ defendem que a atuação dos órgãos que integram o sistema penal brasileiro é pautada por uma seletividade que remonta às teorias de corte lombrosiano pelos “Homens de Ciencia” da incipiente República - o que é evidenciado pela criminologia crítica que desnudou o racismo estrutural que subjaz ao conceito de estado e de direito e, por conseguinte, de “crime” e de “criminoso” em *terrae brasiliis* (na terra do Brasil), legitimando a atuação seletiva do sistema criminal contra os setores subalternizados da população. Sistema esse que, para tais autores, atua como instrumento de controle e de disciplina das classes marginalizadas, com vistas a preservar a segurança e os interesses das classes dominantes, mantendo um modelo de organização social rigidamente hierarquizada por pilares racistas e classistas.

Sobre o debate da possibilidade de cometimento de crimes do colarinho branco por pessoas de classe social subalternizada, a seletividade do sistema de justiça criminal quanto a esse rol de delitos traz um ponto essencial a ser discutido. Ainda que se entenda que os crimes

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 101-102.

⁵⁷ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CAMPOS, Paula Bohn de. Criminologia e seletividade punitiva no Brasil: do racismo biológico ao labelling approach. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, Canoas, v. 8, n. 3, p. 273-295, dez. 2020. p. 293.

de colarinho branco sejam uma modalidade de condutas ilícitas que podem ser cometidas por pessoa de qualquer classe social, é certo que a sua característica seletividade se deve menos à natureza do crime e mais à condição social privilegiada do seu agente.

Posto de outra forma, o cometimento de delitos do colarinho branco por pessoas de classe social marginalizada, sujeitos pobres, não implica que eles estarão resguardados pela leniência do Estado e da sociedade que comumente se espera desse tipo de delito. É que, como visto, essa disparidade no tratamento está intimamente associada às desigualdades sociais e à concentração de poder e influência por grupos privilegiados. Uma pessoa marginalizada será alvo de suspeitas e de vigilâncias constantes pela sua mera condição social, ainda que não cometa qualquer crime; se cometer algum, ainda que de menor potencial ofensivo ou sem violência ou grave ameaça, a sua culpa será presumida sem necessidade de fartas evidências e não se pensará duas vezes antes de aplicar uma repressão estatal severa.

Por outro lado, sujeitos pertencentes à elite da sociedade, pessoas ricas e influentes, terão um tratamento privilegiado pelas instâncias de controle social formal e informal, seja cometendo algum dos chamados crimes do colarinho branco, seja cometendo as demais modalidades de delitos, como os chamados crimes de rua. Em que pese a efetiva responsabilização não ser impossível, a sua baixa frequência faz crer que seja pouco provável, pesando a seu favor a presunção de inocência na sua máxima acepção e, havendo condenação, a busca por uma sanção proporcional, evitando-se os eventuais “excessos”.

3. ELEMENTOS PARA UMA HERMENÊUTICA PENAL-CONSTITUCIONAL RESTRITIVA E SUA APLICAÇÃO AO DELITO DE ESTELIONATO

Uma leitura epistemológica dos crimes classificados como “do colarinho branco” demonstrou que, sendo ou não admissível que pessoas de classe social subalternizada o cometam sem descaracterizar esse conceito, é preciso discutir as nuances político-criminais da aplicação de tipos penais, como o estelionato, que podem ser cometidos por pessoas de qualquer classe social. Em poucas palavras, é preciso verificar se estariam sendo indevidamente ou irrefletidamente aplicadas a pessoas comuns diretrizes recrudescidas para aplicação da repressão penal, no julgamento ou persecução do crime, justificadas pelas vantagens e influência das pessoas que vestem “colarinho branco”, o que, segundo a literatura criminológica, enseja impunidade.

Feita essa colocação inicial a partir da criminologia, o debate proposto é agora levado para o campo jurídico-dogmático, a partir de outra questão: perquirir os parâmetros hermenêuticos passíveis de utilização para a construção de um juízo de criminalização, a partir do direito penal e do direito constitucional, e a aplicação deles ao delito de estelionato na sua modalidade básica, prevista no *caput* do artigo 171 do Código Penal.

Trata-se de um debate por meio do qual se busca avaliar os espaços de discricionariedade do aplicador da lei penal e examinar os critérios ou diretrizes aplicáveis à contenção do direito penal (*jus puniendi*), restringindo a sua intervenção às hipóteses em que ele se faz estritamente necessário para a restauração da ordem social afetada pela conduta delituosa.

3.1. Considerações sobre a constitucionalização do direito penal e o princípio da proporcionalidade

A partir das lições de J. J. Gomes Canotilho⁵⁸, a Constituição só se compreende através do Estado que, por sua vez, é compreendido como o ordenador da comunidade política, sendo, aquela, a lei proeminente que o conforma, isto é, “dá forma”, “constitui” um dado esquema de organização política. Com efeito, tem-se a ideia de estado constitucional como tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual, na sua matriz histórica,

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 87-90.

busca-se combater dois arbítrios ligados a modelos anteriores: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânicos corporativos medievais.

Diante da notória função de controle do direito penal, não é exagero dizer, como faz Mariano Silvestroni⁵⁹, que a manifestação bruta do autoritarismo estatal em matéria penal se dá pelos tipos penais que abrangem condutas que não afetam direitos subjetivos, mas simplesmente contradizem a vontade dos detentores do poder. São tipos de mera desobediência, cujo respaldo geralmente é construído em interpretações disformes das noções de ordem e/ou de moralidade pública. Logo, a construção de modelos de Estados democráticos e de direito têm como desafio a concepção de parâmetros racionais para conter o poder punitivo, filtrando, para além da mera literalidade da lei, as condutas que devem ensejar a imposição de sanção penal.

Como pontuado por Maldonado, Yáñez e Escalante⁶⁰, existe uma tendência acentuada entre os juristas de falar em constitucionalização dos diversos ramos do direito, o que se dá em virtude de a dogmática constitucional ter assumido o papel de estabelecer uma estrutura jurídica coerente com o modelo de Estado Democrático do Direito insculpido na Carta Magna. No âmbito penal, o desenvolvimento de um olhar constitucional se dirige não apenas à atividade do legislador, mas à própria dogmática, no processo de formação de entendimentos e construção de soluções concretas. É uma ótica direcionada, sobretudo, à contenção do poder punitivo, de modo a garantir que a imposição de restrições às liberdades se dê em hipóteses estritas.

Destaca-se a visão de Canotilho⁶¹ sobre o direito constitucional, no sentido de enxergá-lo como um “intertexto aberto”, haja vista que o seu conteúdo é formado por experiências históricas de diversas sociedades, fazendo o seu “espírito” ser composto por diversas ideias de cunho filosófico e político. Trata-se, em essência, de um direito vigente “vivo”, em que seus valores fundamentais, embora não se dissolvam em uma visão historicista, comparatista ou sociologicista, dialoga com aspectos da realidade contemporânea que nos permeia.

⁵⁹ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 209.

⁶⁰ MALDONADO, Frank Luis Mila; YÁÑEZ, Karla Ayerim; ESCALANTE, Pablo Ricardo Mendoza. Constitución y Derecho Penal: Aspectos críticos de la constitucionalización. **Lex: Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas**, Durán (Ecuador), v. 5, n. 18, p. 443-454, out./dez. 2022. p. 452.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 19.

Nesse sentido, tem-se que “o direito penal não é senão um subsistema de normas que devem, por imperativo de supremacia, obediência às normas constitucionais”⁶². Em verdade, como defende o referido autor, a Constituição traça, implícita ou explicitamente, os contornos da possibilidade ou impossibilidade da criação de ilícitos penais, além de fixar marcos que impedem ou que possibilitam a descriminalização de condutas.

Compreender a liberdade como direito fundamental em face do poder punitivo do Estado se insere no direito constitucional pela ideia de “estar in”, o que consiste no contínuo esforço de “acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, econômico e social”⁶³. Trata-se de um esforço de atualização cognitiva dos operadores do sistema jurídico, o que o citado autor destaca como relevante inclusive para se fazer frente ao “desencanto” com o caminho do formalismo jurídico na compreensão das regras do direito.

Um olhar constitucional sobre o direito penal, em um sentido mais amplo, dá-se por uma necessidade de aprimoramento civilizatório do uso do poder punitivo do Estado, o que pode ser compreendido pela exigência de que o direito penal seja um instrumento adequado à proteção dos bens jurídicos dotados de relevância constitucional, sendo ilegítimas as ações que se distanciam desse mote, o que inclusive deve ser passível de reconhecimento pelo Poder Judiciário, seja no âmbito da jurisdição constitucional ou da jurisdição ordinária.

Em um Estado constitucional, como o Brasil, toda atividade legislativa e jurisdicional deve ser guiada por uma interpretação conforme a Carta da República e, mais especificamente, uma interpretação conforme os direitos fundamentais, notadamente a liberdade individual. Não se pode simplesmente desconsiderar que as normas-garantia que instituem um ordenamento de proteção jurídico-penal formam parte desse horizonte de sentido a ser alcançado pela atividade estatal, em todas as suas manifestações de poder sobre os indivíduos⁶⁴. É nessa perspectiva que se concebe um rigor na conformação do direito penal com a Constituição.

Essa proposta representa, em outro plano, a rejeição de qualquer justificação absoluta do direito penal e da pena, em favor de um fundamento relativo e instrumental para ambos, além de tornar imperiosa a adequação qualitativa da sanção penal ao cumprimento da sua

⁶² LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 27.

⁶⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52.

finalidade preventiva⁶⁵. Ou seja, a atividade dos operadores do direito não deve se limitar ao mero exame da compatibilidade formal do texto legal ao fato concreto sem qualquer reflexão sobre o impacto e o significado efetivo desse ato.

O princípio da legalidade penal é uma característica distintiva das constituições modernas dos países tidos como civilizados, sendo a manifestação mais robusta do direito fundamental à liberdade, pois garante que as restrições aos direitos subjetivos das pessoas só pode ser proveniente da lei, nunca da vontade do Estado, nem mesmo da vontade do Congresso, porque as leis por eles promulgadas não podem afetar direitos individuais em razão de fatos passados⁶⁶. É dizer, esse princípio-garantia implica a possibilidade de o cidadão calcular, com razoável grau de precisão, as consequências jurídicas dos seus atos, não sendo surpreendido pelo Poder Público - uma característica essencial da liberdade.

Interpretar o direito penal pela ótica da Constituição implica reconhecer que o ordenamento jurídico encabeçado pela Lei Maior não é composto apenas de normas (regras e princípios), mas também de postulados normativos, os quais, conforme Humberto Ávila⁶⁷, situam-se num plano distinto daquele onde estão as normas cuja aplicação estruturam. A violação de um postulado normativo consiste na não interpretação de acordo com a sua estruturação, consistindo em metanormas ou normas de segundo grau - é dizer, aquelas que fundamentam a aplicação de outras normas.

Conforme explana Luciano Feldens⁶⁸, a Constituição estabelece uma relação axiológico-normativa com o Direito Penal, por meio da qual a Lei Suprema funciona como: (i) limite material do Direito Penal, impondo barreiras ao processo criminalizador, seja no âmbito do Poder Legislativo (criminalização primária), seja no âmbito do Poder Judiciário (criminalização secundária); (ii) fonte valorativa do Direito Penal, funcionando como referência central na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal; e (iii) fundamento normativo do Direito Penal, apontando zonas em que a intervenção penal é obrigatória, impossível ou possível.

⁶⁵ MESA, Gloria Patricia Lopera. **Principio de proporcionalidad y ley penal**: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Lima (Perú): Palestra Editores, 2023. p. 247.

⁶⁶ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 139-140

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88.

⁶⁸ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34.

Noutra mão, como expõe Janaina Paschoal⁶⁹, o Direito Penal deve ser visto por uma perspectiva constitucional, no sentido de que o poder punitivo (*jus puniendi*) deve ser contido pelo texto da Carta Magna, seja negativamente, determinando que a criminalização não pode contrariar os valores constitucionais, seja positivamente, impondo que apenas o que está posto na Constituição pode ser objeto de tutela penal ou, de modo ainda mais restritivo, que apenas o que é tido como direito fundamental pode ser considerado bem jurídico relevante para fins de intervenção criminal.

O bem jurídico é um conceito que deve ser compreendido à luz da Constituição, cumprindo cinco funções no direito penal, como expõe Nilo Batista⁷⁰: (i) axiológica, indicando as valorações que presidiram a seleção do legislador; (ii) sistemático-classificatória, fundamentando a construção de um sistema para a ciência penal e como principal critério para o agrupamento de crimes, como adotado no Código Penal; (iii) exegética, ainda que a ela não circunscrito, é elemento fulcral do preceito, tratando-se de importante instrumento metodológico para a interpretação das normas jurídico-penais; (iv) dogmática, pois o bem jurídico, em diversas oportunidades, coloca-se como referência epistemológica para a teoria do crime; (v) crítica, haja vista que a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as opções e finalidades do legislador, oportunizando a sua revisão pelos profissionais do direito e cidadãos em geral.

A restrição do poder punitivo pelo texto constitucional e pelos conceitos a ele inerentes, como o de bem jurídico, é expressão do princípio da proporcionalidade, de modo que os excessos no exercício da criminalização podem ser identificado pela “contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins”⁷¹. Para o autor, esse princípio tem como acepções a proibição do excesso, como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais e a proibição da proteção deficiente, no sentido de considerar os direitos fundamentais como imperativos de tutela.

Do ponto de vista prático, a análise dos postulados normativos a serem aplicados a determinado conjunto de casos exige os seguintes passos investigativos, conforme explana

⁶⁹ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

⁷⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 96-97.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 750.

Humberto Ávila⁷²: (i) levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo; (ii) análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados e da forma como forma relacionados entre si; (iii) investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação; (iv) realização do percurso inverso: descoberta da estrutura exigida na aplicação do postulado, verificando a existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele.

O ato que institui, seja em abstrato ou em concreto, determinada conduta como crime, deve apresentar uma justificativa jusfundamental, observando os limites impostos às possibilidades de restringir os direitos, para cujo exame, de acordo com Laura Clérico⁷³, deve poder determinar: (i) o bem jurídico protegido que está sendo limitado; (ii) o ato por ação excessiva, por ação insuficiente ou por omissão que produz a intervenção no direito; e (iii) de acordo com o direito fundamental restringido, que, via de regra, é a liberdade, as balizas de incidência do direito que deve ser aplicado ao caso concreto para que se possa examinar a justificção do seu manejo.

Trata-se de uma concepção que se insere na ideia de proporcionalidade em sentido amplo, que pode ser sintetizada na máxima segundo a qual o meio estabelecido pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o fim perseguido, sobretudo quando afetar algum direito⁷⁴. Nessa linha de pensamento, enquanto o legislador não puder escolher outro meio igualmente adequado para alcançar o fim estatal ou para o fomento do direito que está em colisão com o direito afetado, essa afetação deverá ser a menor possível, guardando uma relação razoável com o seu peso e importância.

Dentre os postulados não específicos, bastante relevantes ao direito constitucional, está a proporcionalidade, cujo exame deve ser realizado a partir das seguintes etapas, como leciona Humberto Ávila⁷⁵: (i) A adequação, que exige uma relação empírica entre meio e fim, cuja compreensão exige a resposta de três perguntas: Qual o significado de um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público? (ii) A necessidade, que pressupõe o exame da existência de meios que sejam alternativos àquele

⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 90-92.

⁷³ CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009. p. 24.

⁷⁴ *Idem*, p. 25-26.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-124.

inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou mesmo pelo Poder Executivo e que possam promover de igual modo o fim almejado sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que demanda a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Devem ser feitas as seguintes indagações: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Em outras palavras, as vantagens causadas pelo fomento do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Por essa ótica, como lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco⁷⁶, o ato de criminalização: (i) não será adequado quando não proteger o direito fundamental a que ele se refere de maneira satisfatória; (ii) não será necessário caso existam medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental do que a intervenção penal; e (iii) representará uma violação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo proposto pelo ato criminalizador é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

É dizer, o princípio da proporcionalidade impõe que toda intervenção restritiva do estado sobre os direitos dos cidadãos deve ser necessária, adequada e proporcional. Projetando esse postulado ao âmbito penal, Gloria Lopera Mesa⁷⁷ define que: (i) o subprincípio da adequação demanda que tanto a incriminação de uma conduta como a consequência jurídica prevista sejam aptas para alcançar o fim que lhes serve de fundamento; (ii) o subprincípio da necessidade impõe que a incriminação de uma conduta seja um meio imprescindível de proteção de bens jurídicos e que represente a intervenção mínima possível sobre os direitos individuais; e (iii) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito implica um juízo de ponderação entre o grau de privação ou restrição de direitos que comporta a pena e a finalidade almejada através da incriminação e com as penas respectivamente cominadas.

Todavia, não se pode deixar de pontuar o caráter axiológico e complexo do exame da proporcionalidade na condição de postulado, o que, por um lado, não garante precisão nas conclusões quando aplicado por distintos operadores do direito, e, por outro, dificulta a sua ampla adoção na praxe forense, o que pode ser visto inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal que, mesmo citando expressamente a adoção da proporcionalidade como

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 751.

⁷⁷ MESA, Gloria Patricia Lopera. **Principio de proporcionalidad y ley penal**: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Lima (Perú): Palestra Editores, 2023. p. 245-246.

critério decisório, raramente adentram no cumprimento metodológico e sistemático das suas fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - como demonstrou a pesquisa de Suzana Araújo e Silva⁷⁸.

É assente a necessidade de que o direito penal seja concebido e aplicado a partir da Constituição a partir das suas normas (regras e princípios) e postulados (metanormas), sejam expressos ou implícitos, além dos seus sentidos civilizatórios, depreendidos a partir de uma análise zetética (não dogmática) do texto constitucional e contexto de promulgação. Por outro lado, esse mote é caracterizado pelo alto grau de abstração, cuja cognição carece de métodos que conduzam a conclusões uniformes. Justamente por isso essa discussão deve ser inserida em problemáticas concretas, como se propõe neste trabalho.

3.2. Debates dogmáticos sobre a aferição da tipicidade penal de uma conduta

A proposta geral do Direito Penal pode ser enunciada, como define Hans Welzel, da seguinte forma: “aquele que se comporte de um modo gravemente contrário às exigências da vida comunitária será castigado, segundo a medida da sua culpabilidade, com uma pena lícita”⁷⁹. Conforme o autor, um enunciado como esse compreende toda conduta punível imaginável, mas, justamente pelo seu caráter geral, não permite identificar quais condutas concretas estão efetivamente proibidas. Eis a necessidade de o ordenamento jurídico descrever objetivamente cada conduta que está sendo proibida, como “matar”, “furtar”, “ferir”, “estuprar” - o que se define como tipo penal.

A esse respeito, como pontua Álvaro González⁸⁰, ressalta-se a função da dogmática penal na condição de disciplina orientada para a sistematização, interpretação e correção da aplicação de uma lei incriminadora. Para o autor, deve-se ter em mente que o dogma se inspira na lógica, mas, ao mesmo tempo, é um “mutante atemperado” pela lei que nos rege atual e historicamente. Ou seja, o pensamento atual é a reflexão sistemática que leva a uma interpretação e aplicação do direito como ele é hoje. Assim, a dogmática estuda um sistema de normas, não de um ponto de vista inerte, imóvel ou estático, mas em seu momento histórico

⁷⁸ SILVA, Suzana Cecília Côrtes de Araújo e. O critério da proporcionalidade como padrão de decisão e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 44-63, jul/dez. 2015. p. 61.

⁷⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 70.

⁸⁰ GONZÁLEZ, Álvaro Salgado. Constitución, norma y ley penal. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, Cartagena (Colômbia), v. 7, n. 14, p. 42-52, jul./dez. 2015. p. 46.

dinâmico. O conteúdo do texto legal não é apenas o enunciado – isto é, aquilo que é definido, objetivado: por exemplo, “não matar” – mas também avaliações, haja vista que uma avaliação vem antes de qualquer norma.

A aplicação da norma penal incriminadora ao caso concreto é precedida de um processo hermenêutico denominado de subsunção, o qual é definido por Karl Engisch⁸¹ como a sotoposição entre conceitos: conceitos de fatos (caso individual) a conceitos jurídicos (hipótese legal) - o que não se confunde com a subordinação ou enquadramento a um grupo de casos, de tal modo que a subsunção é um ato necessariamente inédito e não uma repetição rotineira de subsunções já realizadas para atos idênticos. Assim, a realização de diversos juízos de subsunção traz o desafio de examinar se um novo objeto semelhante a outros cuja subsunção já foi reconhecida também o deve ser, ou seja, saber se a distinção que se apresenta entre eles é essencial ao enquadramento no conceito jurídico. Esse ato de cognição, mesmo em relação a regras escritas e, a princípio, bem delimitadas, esbarra na multiplicidade de pontos de referência para a comparação fornecidos pela interpretação, tais como o uso corrente da linguagem, a vontade ou intenção do legislador ou o fim racional da lei.

Assim, para o autor, é possível coexistirem diversas definições para a subsunção, tais como: (i) a afirmação de que as características referidas na hipótese da regra jurídica se encontram realizadas na situação de vida a que ela se reporta; (ii) a coincidência do complexo concreto de características com a definição abstrata do conceito; (iii) a determinação da identidade entre os conteúdos da experiência significados em geral pelas palavras da lei e o fato da experiência imediatamente perceptível da situação concreta⁸². De toda forma, o juízo desenvolvido pelos juristas não impede que mais de uma solução ou decisão seja alcançada a depender de quem o faz, o que, contudo, não significa que todas elas possam ser consideradas corretas ou compatíveis com o direito.

No escólio de Ricardo Planas⁸³, o trabalho da dogmática jurídico-penal, como toda atividade hermenêutica, não se restringe ao descobrimento de um sentido, consistindo, em realidade, na atribuição de sentido ou sentidos a partir de um aparato conceitual próprio e preexistente, ou seja, desde uma teleologia própria através da qual a dogmática jurídico-penal se define e da qual não pode se evadir. Nessa linha, a construção da solução jurídica para um problema concreto se dá, em primeiro lugar, pela identificação dos fenômenos da realidade

⁸¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 95-98.

⁸² **Idem**, p. 113.

⁸³ PLANAS, Ricardo Robles. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 20, v. 98, p. 149-168, set./out. 2012. p. 151.

(análise) com conteúdo de sentido próprio para, só depois, submetê-los a um processo de abstração conceitual, marcado pela valoração e pelo teleológico, no qual os elementos relevantes são depurados para a obtenção de uma definição.

Como explana Cláudio Brandão⁸⁴, sendo a conduta uma realidade inserida na vida humana, sendo o direito voltado para as pessoas, a conduta deve necessariamente ser relevante para elas. No direito penal, o tipo determina o âmbito de liberdade da ação, isto é, tudo aquilo que não é tipificado como delito não pode ensejar a aplicação de uma sanção criminal. Posto de outra forma, trata-se de uma correspondência que se examina entre uma ação praticada historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressa em lei sobre a ameaça de uma pena.

Nesse contexto, Welzel⁸⁵ cita a crítica de Beling, no sentido de defender a independência da tipicidade frente à antijuridicidade e à culpabilidade, a qual não consiste em nenhum juízo valorativo, de modo que, à luz da doutrina da ação finalista, compreende os elementos objetivos, subjetivos ou anímicos da ação. A ideia de valoração neutra do tipo penal tem como principal consequência a não realização de qualquer juízo de gravidade ou reprovabilidade da conduta concreta, mas apenas a aferição da sua compatibilidade com o que está descrito na lei penal incriminadora.

Para Welzel⁸⁶, apesar dos méritos teóricos dessa perspectiva de Beling, a significação material do tipo penal na concepção tripartida do delito deve ser a de que ele tem por finalidade selecionar, dentre a inumerável quantidade de condutas juridicamente indiferentes, aquela relevante para o direito penal e está sujeita a uma valoração como jurídica ou antijurídica. É dizer, descrever materialmente a relevância jurídico-penal de uma conduta (diferenciação valorativa) e converter isso na base para a constatação inequívoca da antijuridicidade.

Na linha do que leciona Rosa Maria da Cunha⁸⁷, o tipo penal é entendido pela dogmática moderna como uma valoração jurídica da conduta humana transportada ao plano normativo mediante modelos de ação ou omissão, processo cognitivo através do qual certos comportamentos são valorados como ofensivos aos interesses que predominam na sociedade.

⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50-51.

⁸⁵ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 79.

⁸⁶ *Idem*, p. 80.

⁸⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 63.

A mera compreensão dessa natureza valorativa da tipicidade penal permite suscitar dúvidas acerca das suas funções indiciária e de garantia.

A legalidade penal se sustenta no postulado de que não pode haver crime sem a existência de uma lei que o criminalize de forma minimamente precisa (*nullum crimen sine lex stricta*). A esse respeito, Pablo da Silva⁸⁸ destaca que a lei penal possui a função precípua de garantia, razão pela qual se exige que seja escrita e anterior ao fato (*lex praevia e scripta*), sendo defeso ao aplicador do direito empregar analogia como meio de criação e ampliação da disposição penal, assim como do agravamento de penas para garantir a retribuição pelo injusto (*in malam partem*). Afinal, a necessidade de supressão de lacunas supõe a inexistência de texto de lei específico que possa ser aplicável ao caso concreto, razão pela qual a única conclusão possível seria a impossibilidade de impor a sanção penal.

Em relação à função indiciária do tipo penal, o problema central é que a conduta objeto da valoração trazida ao plano conceitual do tipo já ostenta todas as características da conduta antijurídica. A tipicidade de uma conduta deveria apenas suscitar indícios da sua antijuridicidade, e não pressupor a sua configuração, salvo se houver alguma excludente. Já quanto à sua função de garantia, a problemática que se põe é que “o caráter valorativo do tipo revela que, se o direito penal oferece garantia, esta tem suas raízes aquém do tipo”⁸⁹. Ou seja, a mera estrutura conceitual da tipicidade não é capaz, por si só, de oferecer um padrão de segurança jurídica para que o direito penal seja aplicado apenas às hipóteses estritamente concebidas pelo legislador ou coerente com o modelo político-criminal expresso no ordenamento jurídico.

No escólio de Cláudio Brandão⁹⁰, a análise do tipo penal se dá por um método composto por três planos: (i) da valoração, através do qual o tipo deve ser avaliado com referência ao bem jurídico afetado, que deve ser relevante e violado de forma significativa, sob pena de exclusão da tipicidade em razão do princípio da ofensividade; (ii) da linguagem, cuja análise é feita mediante os elementos linguísticos que, com maior ou menor acerto, se propõem a descrever, com o devido grau de abstração e generalidade, a conduta proibida; (iii) da realidade, conforme o qual se estuda o tipo a partir do seu substrato material, representado pelos diversos elementos do fato apontado como delituoso: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto material e elementos objetivos e subjetivos da conduta.

⁸⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A função de garantia da lei penal: considerações acerca do princípio da legalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38 n. 150, p. 259-269, abr./jun. 2001. p. 262.

⁸⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 63.

⁹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60.

Conforme leciona Pablo da Silva⁹¹, a devida aplicação da lei penal pressupõe que o seu intérprete seja o mais específico possível diante do grau de generalização com que o texto legal expressa certos elementos positivos do delito. Ou seja, o âmbito de aplicação da norma penal incriminadora deve ser estrito, observando o significado específico de cada uma das palavras que compõem o enunciado, conforme a linguagem legal ou natural. Os integrantes da sociedade devem ser capazes de identificar, com clareza, o que lhes é proibido penalmente, como também a pena aplicável no caso de infringência daquela proibição.

Não se nega que a concepção de um tipo penal abrangente como o do estelionato supra uma necessidade político-criminal de proibir comportamentos danosos à coletividade diante da infundável criatividade humana, inclusive para prejudicar o próximo. Dessarte, tem-se que “a multiformidade da vida reclama uma maior ‘flexibilização’ das leis penais, possibilitando, aliás, a utilização de cláusulas gerais, quando o emprego de tal técnica legislativa for inevitável”⁹². Isso ocorre porque a exigência rigorosa de determinação faria com que as leis penais se tornassem rígidas e casuísticas, incapaz de abranger condutas socialmente lesivas por não prever todos os detalhes ou nuances da sua prática.

Como se observa, sobretudo no caso de tipos penais excessivamente abertos, como o do estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, a pretensão de conter o poder punitivo do estado fica vulnerada, revelando-se acertada a tese de que “o tipo não é autossuficiente do ponto de vista significativo e que não cumpre a função de garantia”⁹³. Assim, é forçoso centrar no aplicador da lei a função de garantia e contenção do poder punitivo que o tipo penal, fixado em abstrato, não se mostra capaz de alcançar por si mesmo.

Não é raro haver, entre os doutrinadores do direito penal, preocupações a respeito da configuração da tipicidade a partir da aplicação da lei incriminadora ao fato concreto sem maiores reflexões para além de uma leitura sumária da descrição legal abstrata da conduta proibida, que inclusive pode ser valer de termos vagos ou excessivamente abrangentes. A esse respeito, teorias como a da adequação social, concebida por Hans Welzel, surgem com o intuito de “ajustar o Direito Penal às exigências impostas pela realidade social e, em particular, pela ética social e pelo costume, duas importantes expressões da cultura de um

⁹¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A função de garantia da lei penal: considerações acerca do princípio da legalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38 n. 150, p. 259-269, abr./jun. 2001. p. 262-264.

⁹² SILVA, Suzana Cecília Côrtes de Araújo e. O critério da proporcionalidade como padrão de decisão e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 44-63, jul/dez. 2015. p. 267.

⁹³ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 65.

povo”⁹⁴. Busca-se, assim, admitir que sejam reconhecidas como materialmente atípicas ou não antijurídicas condutas formalmente típicas, reduzindo a intervenção do direito penal sobre as liberdades individuais.

Outro exemplo é a noção de ofensividade como excludente de tipicidade, o que possui uma matriz nitidamente constitucional, o que pode ser entendido por diversos fundamentos, mostrando-se coerente a perspectiva de que se trata da transposição do princípio da proporcionalidade para a linguagem dogmático-penal na condição de “dever de proscrição de ingerências indevidas, desnecessárias ou concretamente excessivas no âmbito dos direitos fundamentais”⁹⁵. É um juízo que deve ser aferido a partir do modelo de conduta proibida ou da ação realizada no plano concreto.

Noutra mão, tem-se que a adequação de uma ação a um determinado tipo penal não se limita à sua correspondência formal com a descrição típica, sendo imprescindível que a ação apresente um grau de desvalor revelado pelo tipo e que se trate da classe de condutas que o tipo pretende abranger, conforme uma análise adequada à luz do princípio da razoabilidade⁹⁶. Para o autor, é algo que se insere na noção de tipicidade material, segundo a qual a subsunção pressupõe critérios como lesividade e inserção no âmbito de proibição da norma - para os quais há os mais variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Nesse ponto, destaca-se o esforço doutrinário de Eugenio Raúl Zaffaroni⁹⁷ em conceber a noção de tipicidade penal composta pelos conceitos de “tipicidade legal” e de “tipicidade conglobante”. A primeira se resume à adequação da conduta concreta à descrição do delito presente na lei penal, o que apenas traria uma “aparência de proibição”, pois o juízo do autêntico e único alcance da proibição somente estaria dado pela consideração conglobada da norma no universo de normas proibitivas do qual faz parte. A proposta de divisão do exame da tipicidade em dois passos se dá em um contexto de lhe conferir um caráter restritivo, contido, consagrando a diretriz de um direito penal mínimo (*ultima ratio*), evitando criminalizações temerárias.

⁹⁴ FREITAS, Ricardo. Teoria da adequação social: a dogmática do direito penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada. **Ciências Criminais em Perspectiva**, v. 1, n. 1, p. 109-150, jul-dez. 2020. p. 146.

⁹⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

⁹⁶ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 208-209.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general III. Buenos Aires: Ediar, 1981. p. 486-487.

Considerando, como defende Rosa da Cunha⁹⁸, a noção de tipo penal como o precipitado jurídico do princípio da legalidade, as construções doutrinárias relacionadas aos seus elementos normativos e subjetivos, os tipos abertos, o critério de adequação social e a antijuridicidade concreta são indicativos que permitem desconstruir as funções sistemáticas e de garantia creditadas à regra da legalidade. Dessa forma, não seria possível, apesar dos esforços de muitos juristas, conceber um direito penal unicamente orientado pela legislação escrita ou pela descrição típica.

Nessa ótica, o tipo penal acaba por cumprir uma função retórica de legitimar, através do Sistema de Justiça Criminal, o uso ou o afastamento do poder repressivo exercido pelo Estado, isto é, “em um espaço marcado pela arbitrariedade, discricionariedade e voluntarismo, o tipo penal, não raro é instrumento de aplicação e de restrição/controlado do estado penal, sendo manipulado tanto para condenar, quanto para absolver”⁹⁹. Impõe-se, assim, a construção de um novo olhar sobre a tipicidade penal o que, como defende o citado autor, pressupõe buscar o desenvolvimento de uma nova teoria do delito que não se articule somente a partir do superado modelo subsuntivo, marcado pela arbitrariedade e pelo ativismo das partes atuantes na cena jurídica.

Justamente por isso que Gamil El Hireche¹⁰⁰ defende um conceito de legitimidade do direito penal mais amplo do que o de legalidade, a qual lhe confere legitimidade do ponto de vista meramente formal. Sendo o direito penal o mais grave instrumento de intervenção, na medida em que suprime a liberdade das pessoas, podendo até ocasionar a perda da vida, é necessário que o exercício desse poder estatal, além de respaldado legalmente, seja legítimo, sem o qual se converterá em uso desmedido da força, em tirania. Essa legitimidade não pode decorrer de um processo de legitimação forçada ou arbitrária, devendo levar em consideração a real necessidade de uso do poder punitivo, o que se dá, sobretudo, pela concepção de bens jurídicos penalmente relevantes e de aplicação em *ultima ratio*. A aplicação de leis incriminadoras como *prima ratio*, como se revela em diversos casos de estelionato, cria tipificações ilegítimas, o que não é admissível, nem justificável, sequer para atender a reclamos de necessidade prática ou adaptações decorrentes da dinâmica social.

⁹⁸ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 72.

⁹⁹ MARQUES, Jader. Crise de substância do princípio da legalidade: o caráter hermenêutico da tipicidade penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 91-112, jan./mar. 2013. p. 97.

¹⁰⁰ HIRECHE, Gamil Föppel El. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica**: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. p. 410-411.

3.3. O estelionato como tipo penal aberto e os cuidados necessários na construção de um juízo de criminalização

O estelionato é tipificado no artigo 171 do Código Penal a partir do seguinte enunciado: “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”. Como se observa, o emprego de termos indeterminados ou excessivamente abrangentes faz com que a sua descrição literal possa tomar diversos sentidos. O principal exemplo disso é o bem jurídico tutelado que, apesar de esse delito estar inserido no Título II do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio, o emprego de conceitos altamente abstratos como “vantagem ilícita” e “prejuízo alheio” faz com que o estelionato possa abarcar não apenas ofensas ao patrimônio propriamente dito, mas também a valores que gravitam em torno dele, como segurança, fidelidade e veracidade das relações jurídicas¹⁰¹.

A respeito da estrutura típica do delito de estelionato, Antonio Carlos Loureiro¹⁰² faz as seguintes considerações: (i) o bem jurídico do estelionato convencional é o patrimônio, mas o seu tipo penal também é responsável por tutelar o princípio da confiança nas relações humanas, que é violado quando há uma fraude; (ii) o conceito jurídico de patrimônio possui uma acepção econômica, devendo ser compreendido como o conjunto de bens com valor monetário pertencente a uma pessoa; (iii) a confiança, na condição de bem jurídico penalmente relevante, consiste em um facilitador das relações sociais, caracterizando-se pela expectativa de que as partes integrantes de uma relação bilateral irão observar as obrigações assumidas espontaneamente; (iv) a idoneidade do artifício ou ardil deve ser apreciada pelo magistrado em um juízo *ex ante* (desde antes), por ser a opção em maior consonância com um paradigma vitmodogmático de limitação punitiva; (v) o erro consiste em uma criação mental positiva, equivocada representação da realidade que faz com que o ofendido disponha do seu patrimônio - para averiguar o seu peso no cometimento do ato, deve-se avaliar se a vítima iria decidir por dispor do seu patrimônio da mesma forma caso a representação distorcida da realidade não estivesse presente.

O tipo penal atualmente denominado como “estelionato”, como apontado por Cezar Roberto Bitencourt¹⁰³, remonta a legislações anteriores, como as Ordenações Filipinas, que o

¹⁰¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 954.

¹⁰² LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 150.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Robert. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1363.

denominava, de modo similar, no Livro V, Título 665, como “burla” ou “inliço”; o Código Criminal do Império de 1830, já com a nomenclatura “estelionato”, previa diversas figuras, além da descrição genérica “todo e qualquer artifício fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem toda a sua fortuna ou parte dela, ou quaisquer títulos”; o Código Penal republicado de 1890, tipificava diversas figuras de estelionato, inclusive uma modalidade abrangente ou genérica: “usar de artifício para surpreender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o em erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito”.

A tipificação do estelionato é justificada, mais do que nunca, pelas nuances do mundo contemporâneo, o qual é pautado pela imensurável ampliação das relações econômicas, o que, em contrapartida, gera “o crescimento do número de criminosos astutos, que fazem da fraude, do engodo, o seu meio de vida, ludibriando não só os pascácios, mas também os mais argutos”¹⁰⁴. Surge, assim, a necessidade de conferir proteção jurídica à lisura nas relações econômicas e procedimentos negociais, ambos indispensáveis à vida em sociedade, o que pode inclusive ensejar abrangência da tutela penal, sendo imprescindível, por outro lado, problematizar acerca dos limites e dos parâmetros para a aplicação da lei incriminadora nesse contexto.

Como aduz Antonio Carlos Loureiro¹⁰⁵, sendo algo inerente a toda atividade humana, as relações estabelecidas entre duas ou mais pessoas com conteúdo econômico estão sujeitas a um certo grau de astúcia ou até mesmo de malícia, o que não pode ser concebido automaticamente como fraude ou ilícito civil ou penal. O mercado econômico admite que as partes contratantes estejam investidas da intenção de obter o máximo de vantagem do negócio convencionado, de tal forma que a mencionada malícia, ou um certo “jogo de cintura”, poderá integrar um aproveitamento estratégico decorrente de uma posição privilegiada, notadamente quanto a informações, capacidades ou percepções que a outra parte não detém. O mero desequilíbrio econômico de uma relação bilateral, pela vantagem excessiva de uma das partes, não configura, por si só, ilícito, inclusive pela possibilidade de revisão dessa condição na esfera cível.

Do ponto de vista político-criminal, através do crime de estelionato, busca-se tutelar “tanto o interesse social, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o interesse público de reprimir

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 954.

¹⁰⁵ LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 46-47.

a fraude causadora de dano alheio”¹⁰⁶. Justamente por isso que ele é considerado um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa e ter como vítima também qualquer pessoa.

Nesse ponto, convém ressaltar que nem sempre o que é lícito, por não ser legalmente proibido aos particulares, coincide com os valores morais vigentes, o que não deve ser levado em consideração na construção de um juízo de criminalização. De igual modo, o direito penal não se confunde com o direito civil, havendo questões que somente são relevantes ao primeiro - inclusive em homenagem ao princípio da fragmentariedade. Todavia, como pontua Antonio Carlos Loureiro¹⁰⁷, mesmo com os esforços de diversos autores, não há um critério objetivo ou ontológico para diferenciar fraude civil e fraude penal - sendo essa mais uma questão a ser apreciada em concreto, a cargo da subjetividade judicial. Entretanto, no caso dos negócios jurídicos, o dolo, para fins penais, deverá, necessariamente, estar presente antes da formação completa do contrato, sendo prévio ou concomitante à sua celebração.

Em síntese, a adequação típica de uma conduta concreta ao delito de estelionato pressupõe a reunião dos seguintes elementos, como expõe Bitencourt¹⁰⁸: (i) emprego de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento, o que pode ser entendido como toda simulação ou dissimulação idônea para levar alguém a uma falsa percepção da realidade; (ii) induzimento ou manutenção da vítima em erro, podendo ser definido como fazer surgir, no pensamento de uma pessoa, uma ideia até então inexistente; (iii) obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio - do enganado ou de terceiro.

Não se nega que “a concepção de estelionato como delito pluriofensivo atende integralmente às finalidades da norma incriminadora, não representando nenhuma amplificação de seu escopo que pudesse violar o princípio da legalidade”¹⁰⁹. Todavia, a sua abertura típica, mesmo não violando a legalidade, debilita a sua função de garantia, trazendo ao aplicador do direito um amplo poder de criminalização secundária, o que enseja a correspondente responsabilidade de cautela ao justificar sua decisão, mostrando-se prudente, à luz dos valores e postulados legais e constitucionais vigentes, adotar como linha mestra a não criminalização, sobretudo em casos que suscite dúvidas ou divergências quanto à pertinência e proporcionalidade da responsabilização criminal.

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Robert. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1364.

¹⁰⁷ LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 150-151.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Robert. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1369-1370.

¹⁰⁹ LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 150.

Em que pese não ser concebível um direito penal inteiramente objetivo, desprovido de qualquer possibilidade de interpretação ou construção de juízos de valor, é preciso haver critérios que restrinjam o nível de discricionariedade do julgador, definindo uma base em que ele deva pautar a sua análise¹¹⁰, a qual, por sua vez, deve ser passível de um controle intersubjetivo que não se limite a uma mera opção do intérprete. É nessa problemática que se inserem os debates em torno dos tipos penais abertos, como o estelionato, ou seja, aqueles dotados de um grau maior de abstração e generalidade.

Os tipos abertos são concebidos como opostos àqueles denominados de tipos penais fechados, que representam as disposições penais as quais o legislador, a partir da doutrina de Welzel, deve pormenorizar exhaustivamente o conteúdo de proibição (tipo), através da descrição indicação dos elementos caracterizadores da conduta criminosa¹¹¹. Como se observa, não se trata de um conceito binário (sim ou não), mas gradativo, isto é, o tipo penal possui graus de abertura, emergindo como desafio para os doutrinadores e operadores do direito discutir em que medida a abertura típica é admissível frente aos postulados constitucionais hodiernos.

Para Letícia Bürgel¹¹², a abertura dos tipos penais remonta à teoria da ação finalista de Welzel, segundo a qual os fatos penalmente relevantes não possuem apenas uma dimensão física-naturalística, mas também um significado valorativo, havendo, assim, margem para interpretação na construção ou aferição da norma incriminadora. Apesar de representar uma evolução para o direito penal, sobretudo em uma sociedade global cada vez mais complexa, é algo que traz consigo problemas para a dogmática penal contemporânea, pois a definição, em concreto, do que deve ser considerado crime, fica menos a critério do legislador e mais do julgador, o qual atua em uma área cinzenta, nebulosa, lidando com conceitos imprecisos cujo sentido pode variar conforme a pessoa que os interpreta e o contexto social de cada caso concreto.

Em realidade, para autores como João Guilherme de Oliveira¹¹³, todos os tipos penais são invariavelmente abertos, devendo recair a crítica dogmática não sobre a existência dessa característica, mas à sua intensidade, algo a ser analisado na comunidade cultural em que se

¹¹⁰ BÜRGEL, Letícia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 4, p. 981-1015, 2017. p. 983.

¹¹¹ GUSMÃO, Paulo Maurício Araújo. **Garantismo, legalidade estrita e princípio da máxima taxatividade penal**: parâmetros jurídicos de controle de constitucionalidade de tipos penais abertos comissivos. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2023. p. 56.

¹¹² BÜRGEL, Letícia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 4, p. 981-1015, 2017. p. 983.

¹¹³ OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. **Do caráter aberto dos tipos penais**: revisão de uma dicotomia. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 242.

insere a previsão legal, devendo a concepção normativa assumir uma função contextualizadora. Nesse meio, deve-se tomar como parâmetro os fundamentos racionais para a construção do princípio da legalidade, notadamente a justaposição entre evitar arbitrariedades e assegurar a função preventiva da norma penal. Destarte, a aplicação concreta da norma criminalizadora deve ocorrer de forma pragmática, com vistas ao controle e restrição do direito penal.

Nos dizeres de Paulo Maurício Gusmão¹¹⁴, o ideal iluminista de taxatividade absoluta da lei penal incriminadora encontra óbice considerável na indeterminação inerente à própria linguagem e na abstração da técnica legislativa, o que inclusive se faz necessário para que o tipo penal seja capaz de abranger condutas futuras desconhecidas pelos legisladores. Assim, o princípio constitucional da taxatividade, decorrente da legalidade estrita, a partir de uma perspectiva gradualista, assume o sentido de exigir da descrição legal a menor imprecisão possível - o que, todavia, não é preciso o bastante para determinar, de modo inequívoco, o grau de precisão mínimo exigível do texto legal.

Diante da ausência de contornos objetivos para aplicação do princípio da taxatividade, a pesquisa de Paulo Maurício Gusmão¹¹⁵ concluiu pela ausência de critérios jurídicos específicos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para a realização do controle de constitucionalidade de tipos penais por violação da taxatividade penal, não sendo registrados, até então, qualquer precedente que declare a inconstitucionalidade de um ato em decorrência da ilegítima abertura típica de uma infração penal.

Ainda que sejam admissíveis os tipos penais abertos, atribuir ao estelionato excessiva abertura seria torná-lo um verdadeiro não-tipo, já que pode abranger um extenso rol de condutas sem a devida previsibilidade por parte da sociedade, o que vulnera o princípio constitucional da legalidade. Com efeito, não se estaria diante de um crime concebido estritamente pela lei, mas pela vontade do juiz que posteriormente a aplicou, podendo inclusive haver entendimentos divergentes a depender do julgador ou de circunstâncias do caso concretos não previstas na lei penal¹¹⁶. Assim, a opção legislativa por criar tipos penais abertos deve ser vista com cautela pelos operadores do direito, de modo a conceber parâmetros restritivos para além da mera literalidade da lei, que não se mostra suficiente para cumprir o sentido constitucional do princípio da legalidade.

¹¹⁴ GUSMÃO, Paulo Maurício Araújo. **Garantismo, legalidade estrita e princípio da máxima taxatividade penal**: parâmetros jurídicos de controle de constitucionalidade de tipos penais abertos comissivos. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2023. p. 102.

¹¹⁵ *Idem*, p. 06.

¹¹⁶ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 143.

As nuances práticas da abertura típica do delito de estelionato são exemplificadas na pesquisa empírica de Cezar de Lima¹¹⁷, realizada na cidade de Londrina, na qual se constata que há um grande número de condutas abrangidas formalmente pelo tipo penal do estelionato, sendo apenas uma parte ínfima convertida em processos criminais junto aos órgãos jurisdicionais de primeira instância. Isso ocorre em razão de mecanismos que impedem o ajuizamento de ações penais, citando os casos apurados pelo autor como frequentes na época: pessoas que são pagas com notas promissórias ou cheques sem provisão de fundos, emitidos numa relação comercial ou pessoal, sendo comum que, ao se dirigirem à delegacia, o delegado acabe por assumir pessoalmente a responsabilidade pela cobrança de tais documentos. Relata o autor que os magistrados locais de primeiro grau chancelam esse tipo de iniciativa, criando uma jurisprudência no sentido de evitar o processamento desses conflitos na esfera criminal. Algo que, por outro lado, coloca como problemática o ajuizamento de ações criminais apenas nos casos em que o agente não reconhecer o débito ou não tiver em condições de adimpli-lo.

Nos processos criminais de estelionato, a pesquisa de Cezar de Lima¹¹⁸ apontou que, mesmo já sendo significativamente inferior aos casos apurados em sede policial, o índice de condenação é por ele considerado reduzido (39%), sobretudo comparado aos crimes de roubo (55%), além de haver, em maior proporção, a extinção do feito sem resolução do mérito. Outra observação feita é que, enquanto outros crimes patrimoniais, como furto e roubo, predominam agentes pobres e negros, os acusados de estelionato, em sua maioria, são igualmente pobres, mas de cor branca - o que, em um âmbito macrossocial, se explica pela desigualdade racial e, em um plano microssocial, se justifica pela peculiaridade do crime em questão, que, na prática, pressupõe a existência de relação pessoal prévia entre autor e vítima, o que envolve fatores como confiança e, até mesmo, “boa aparência”. Por outro lado, esses dados reforçam a problemática no sentido de que, na prática, só responde criminalmente pelo delito de estelionato quem não tem condições financeiras de arcar com os prejuízos reclamados pela vítima no sistema de justiça criminal, independentemente do grau de legitimidade do artifício ou ardil empregado.

Diante dessas constatações empíricas, Cezar de Lima¹¹⁹ (2001, p. 89) conclui pela notória existência de entendimentos duais ou plurais para o mesmo tipo penal, no mesmo

¹¹⁷ LIMA, Cezar Bueno de. **Direito e previsibilidade**: sentenças judiciais para os crimes de estelionato em Londrina. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. p. 37-38.

¹¹⁸ *Idem*, p. 38-40.

¹¹⁹ *Idem*, p. 89.

contexto histórico, em relação a um mesmo conjunto de fatos, não havendo como aferir qual decisão estaria ontologicamente correta, pois, embora seja possível o controle da prestação jurisdicional pelo exame do conteúdo decisório, ainda resta uma ampla margem de discricionariedade ou criatividade para o julgador. Soma-se a essa problemática os limites da igualdade formal, na medida em que o tratamento jurídico dado a casos idênticos pode variar conforme o grupo social ao qual pertence o acusado.

Como explana Andreas Krell¹²⁰, no Brasil, a hermenêutica jurídica possui traços peculiares, bastante relacionados ao seu contexto histórico. Durante o regime militar, o estudo jurídico e a produção acadêmica como um todo foi marcadamente positivista e técnico-formal, de modo que, somente com a redemocratização, buscou-se resgatar a dimensão teórica do direito, enfatizando-se os seus aspectos interdisciplinares (filosóficos, sociológicos, políticos, linguísticos, antropológicos, etc.). É dizer, reagir contra uma interpretação unicamente “dogmática” e “formalista” do fenômeno jurídico.

A determinação do alcance da norma penal incriminadora é um problema hermenêutico que não pode ficar adstrito a esquemas lógicos herméticos, devendo ser enfrentado à luz dos princípios gerais de interpretação do direito, em especial do direito penal, além do modelo de política criminal concebido na Constituição e demais documentos consagradores de direitos fundamentais, com vistas a estabelecer um sentido preciso à proibição que se pressupõe na descrição típica¹²¹.

O juízo de criminalização, pelo que define Álvaro González¹²², é composto por duas normas complementares: (i) norma objetiva de valoração, que define em abstrato o que é objeto da criminalização, através de parâmetros objetivos dotados de certo grau de generalidade - isto é, leva em conta o que é transcendental ou intranscendental para o componente penal, ou o que é valioso ou não valioso para o ordenamento penal; (ii) norma subjetiva de determinação, que define em concreto o que deve ou não ser criminalizado, indicando, de modo específico, a forma de ação social dos cidadãos que enseja ou não responsabilização criminal - encerra uma função diretiva que se projeta no comportamento do cidadão, na tentativa de ajustar o seu comportamento ao papel social que devem cumprir. Ambas as normas devem ser depreendidas pelos aplicadores do direito a partir do texto legal e constitucional e seus postulados.

¹²⁰ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014. p. 296.

¹²¹ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 210.

¹²² GONZÁLEZ, Álvaro Salgado. Constitución, norma y ley penal. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, Cartagena (Colômbia), v. 7, n. 14, p. 42-52, jul./dez. 2015. p. 49.

A razoabilidade, como princípio geral do direito associado à ideia de justiça, deve ser também adotado na dogmática penal para fins de delimitar o alcance dos tipos, o que permite, para Mariano Silvestroni¹²³: (i) estreitar o âmbito de proibição da norma em função da gravidade concreta do seu conseqüente e uma razoável interpretação do seu sentido normativo; (ii) declarar a inconstitucionalidade incidental (*incidenter tantum*) quando não existe a possibilidade de razoabilizar a norma mediante o estreitamento do seu raio de alcance.

Após a promulgação da Constituição de 1988, a legislação penal anterior, na qual se inclui aquela que estabelece o delito de estelionato, deve ser reexaminada, seja em abstrato, ou na sua aplicação concreta, inclusive pelo fato de que “algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes”¹²⁴. Na linha do que defende o citado autor, deve-se analisar a necessidade de excepcionar a incidência concreta da norma penal em determinados casos, mesmo que estejam caracterizados todos os elementos típicos, haja vista a possibilidade de que provoque resultado incompatível com a ordem constitucional.

A atividade hermenêutica, como explanam Paucar-Coz e Rimac-Ventura¹²⁵, não consiste em um ato de cognição ou descobrimento de um significado intrínseco ao texto normativo, mas em um ato de voluntarismo decisionista mediante o qual o intérprete designa e atribui um significado ao enunciado normativo. É dizer, as normas jurídicas não preexistem à interpretação, pois são resultados da atividade hermenêutica que consiste na escolha entre várias alternativas válidas possíveis, tratando-se, conseqüentemente, do estabelecimento do significado mais adequado para a consagração dos direitos fundamentais individuais.

Em matéria criminal, essa concepção acerca da hermenêutica se mostra imprescindível, pois o ordenamento jurídico penal está interligado com uma concepção ideopolítica e filosófica de sociedade, associada aos valores da pluralidade e democracia¹²⁶. Na pesquisa empírica desenvolvida pelo citado autor, restou demonstrado que a referida noção esteve bastante presente na argumentação jurídica motivadora ou justificadora das sentenças penais proferidas pela Corte Superior de Justiça de Pasco, Peru, sobretudo em se

¹²³ SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 178.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 364.

¹²⁵ PAUCAR-COZ, Degollación Andrés; RIMAC-VENTURA, Estelita. Fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales del derecho en el Poder Judicial de Pasco, Perú. **Revista Ratio Juris**, Medellín (Colômbia), v. 18, n. 36, p. 147-168, jan./jun. 2023. p. 166.

¹²⁶ *Idem*.

tratando de princípios e direitos que requerem análise sob uma perspectiva jusfilosófica devido às suas implicações metalegais e axiológicas, tais como a dignidade humana, o direito fundamental à liberdade, o direito penal humanitário, a legitimidade do direito penal em uma sociedade democrática e o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa.

Mesmo que não se negue a importância da concepção formalista tradicional que privilegia o aspecto lógico dedutivo na aplicação do direito penal, notadamente por favorecer a segurança jurídica e previsibilidade das decisões, não se pode obnubilar o necessário fundamento doutrinário, principialista e axiológico que o raciocínio judicial deve levar em consideração para fundar ou justificar o exercício do *ius puniendi*, sobretudo em um contexto de constitucionalização da ordem jurídica e de prevalência dos direitos fundamentais da pessoa, os quais se consagram atualmente como os critérios de avaliação do sistema penal e de controle da função punitiva do Estado¹²⁷. Para os autores, esse mote demanda um novo perfil de magistrados, aptos a exercer a jurisdição numa sociedade aberta, plural, inclusiva e democrática, que exige do julgador uma formação humanística, científica, especializada, que promova a interpretação criativa das regras e a capacidade de raciocinar e decidir com independência e sentido ético à sua atuação, em prol de um sistema judicial eficaz, previsível, transparente e confiável, aumentando o nível de confiança da população na justiça.

Não se pretende aqui fazer críticas exageradas em relação aos métodos tradicionais de interpretação das leis penais incriminadoras, de modo a gerar um “estado permanente de ‘esquizofrenia metodológica’”¹²⁸ entre a Academia e os operadores jurídicos, produzindo propostas de aplicação do direito penal consagradas na doutrina mas que não são postas em prática pela sua complexidade ou caráter excessivamente criativo, com pouco ou nenhum respaldo no direito positivo.

Por outro lado, não se pode ignorar que “os cânones clássicos da metódica jurídica sempre serviram também para camuflar os verdadeiros motivos de inúmeras decisões tomadas por órgãos públicos”¹²⁹. Dentre as possíveis motivações reais para não fazer mais do que aplicar a literalidade da lei penal incriminadora, ou pior, interpretá-la de modo simplista em desfavor do acusado, pode-se destacar uma visão de mundo excessivamente punitivista ou populista, sobretudo em casos de grande repercussão midiática; ou ainda o desinteresse em sair de uma “zona de conforto” e explorar as camadas mais profundas da construção das decisões ou em refletir adequadamente sobre as nuances do caso concreto, notadamente em

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014. p. 297.

¹²⁹ *Idem*, p. 316.

um contexto de sobrecarga do Poder Judiciário, em que tempo e recursos humanos se mostram constantemente escassos.

Na crítica de Amilton Bueno de Carvalho¹³⁰, a visão de mundo dos operadores do direito é, muitas vezes, pautada pela ideia de "criminalidade incontrolada", em que tudo o que se pratica pode ser considerado crime ou quase crime que deve ser de imediato e exemplarmente reprimido, havendo um mecanismo mitológico, milagroso, de que a forte repressão via leis rígidas tudo solucionará. Por mais que a realidade revele o contrário, a crença de que leis draconianas derrotarão a criminalidade, real ou imaginária, continua inexoravelmente vencedora. Na prática, a adoção da máxima lei-prisão como resposta à eventual criminalidade traz consequências agressivas: aumento elevado das penas; criação irracional de novos tipos penais; penas severas que ignoram a proporcionalidade entre crime e castigo; crimes mais graves punidos com penas mais leves do que crimes menos graves; aumento do cumprimento de pena em regime fechado; banalização da prisão provisória.

¹³⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013. p. 43-44.

4. DEBATES EM TORNO DA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL: SIGNIFICÂNCIA E SUBSIDIARIEDADE

Examinando-se a relação entre Direito Penal e Constituição, em busca de parâmetros restritivos de aplicação do *jus puniendi* e as possibilidades de aplicabilidade deles ao crime de estelionato, viu-se a necessidade de examinar com profundidade o contexto social da conduta a ser criminalizada em concreto e as suas possibilidades de tratamento pelo ordenamento jurídico como um todo, sem perder de vista o papel desse ramo do direito no complexo sistema jurídico coordenado pela Carta da República e o modelo de política criminal por ela delineado.

Com efeito, a acepção jurídica do delito de estelionato contra a Seguridade Social não pode estar adstrita à constatação de todos os elementos típicos descritos no artigo 171 do Código Penal ignorando-se as particularidades do rol de condutas que podem ensejar o afastamento da incidência desse tipo penal. Particularidades essas que decorrem da natureza e estrutura dos órgãos do sistema de seguridade social, do perfil de pessoas que com eles interagem e das nuances sociais que permeiam essa interação.

Esses aspectos devem ser analisados por uma perspectiva holística, optando-se, aqui, por uma visão pós-moderna à luz do fenômeno denominado de “expansão do direito penal” e a correlação dessa ótica macrossocial com a dinâmica do sistema de seguridade social e sua utilização pela população.

4.1. A estrutura jurídica e administrativa da seguridade social e sua relevância para fins de proteção penal na pós-modernidade

O sistema de direitos denominado de “seguridade social” possui previsão expressa no texto da Constituição Federal, compreendendo “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹³¹. A Lei Fundamental especificou ainda o dever do Estado de organizar a seguridade social com base nos seguintes princípios: (i) universalidade da cobertura e do atendimento; (ii) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços entre às populações urbanas e rurais; (iii) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios

¹³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. art. 194. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2024.

e serviços; (iv) irredutibilidade do valor dos benefícios pecuniários; (v) equidade na forma de participação no custeio; (vi) diversidade da base de financiamento; (vii) caráter democrático e descentralizado da administração.

Como se observa, a previsão da seguridade social na Constituição, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva¹³², deu-se mediante normas declaratórias de princípio programático, através das quais são traçadas diretrizes práticas a serem observadas pelo Poder Público, impondo-lhe um projeto de gestão, de implementação de políticas públicas com vistas ao alcance de finalidades sociais estipuladas na Carta Magna. Todavia, não se pode olvidar que normas dessa natureza possuem eficácia contida, na medida em que a sua efetivação depende de opções políticas do legislador e do gestor público, ou seja, seu delineamento prático se insere em um espaço de discricionariedade limitada dos detentores do poder.

Os direitos que se inserem no âmbito da seguridade social possuem uma matriz eminentemente social, os quais, em conformidade com as lições de Ingo Sarlet¹³³, são traduzidos na condição de direitos subjetivos a prestações que devem ser adimplidas ao coletivo de indivíduos, que se representa pela figura do Estado, o qual assume, ao mesmo tempo, a função de sujeito ativo na promoção de políticas públicas e de sujeito passivo, em face da exigibilidade da prestação material por parte de um cidadão, que pode se dá na via administrativa ou judicial. Esses estão fundamentados no princípio constitucional da igualdade, na sua acepção material, conforme a qual deve ser estabelecido uma referência existencial mínima que possa ser assegurada a todas as pessoas, principalmente em casos de serem acometidas por infortúnios.

A seguridade social faz parte dos direitos fundamentais classificados como de segunda dimensão histórica, ou direitos sociais, cuja efetivação prática se dá pelo tripé saúde, previdência e assistência social¹³⁴. Dá-se ênfase aos dois últimos setores cuja relevância jurídica, social e penal se dá pela sua sistemática econômica, envolvendo a transferência de valores do Estado diretamente aos indivíduos. De um lado, a previdência social se liga às relações de trabalho, inserindo-se no cenário mercadológico nacional, ao passo que, aos

¹³² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81-83.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹³⁴ REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão; OLIVEIRA FILHO, Cariolando Guimarães de. Intervenção estatal e eficácia do direito fundamental à seguridade social: o papel do benefício de prestação continuada da LOAS. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 51-72, abr./jun. 2021. p. 86.

excluídos dessa dinâmica, aos economicamente improdutivos, resta a possibilidade de amparo pela assistência social.

A estruturação do aparato estatal que compõe a seguridade social se dá por competências assistenciais a partir da capacidade produtiva dos cidadãos. Como exposto por Frederico Amado¹³⁵, o sistema previdenciário do Brasil, distintamente do que ocorre com outras nações, é marcado pela compulsória contribuição dos segurados, salvo exceções legais, como os segurados especiais, ficando a cargo da assistência social a prestação do Poder Público que prescinde de vínculo contributivo prévio, efetivando a finalidade constitucional de suprir as necessidades básicas dos indivíduos necessitados, tais como alimentos, moradia, vestuário - além do benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, devido aos idosos ou deficientes que se encontrem em condição de miserabilidade prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

Pela perspectiva subjetiva, os direitos que se inserem no âmbito da seguridade social, na linha do que teoriza Robert Alexy¹³⁶, devem ser compreendidos como posições e relações jurídicas verticais, firmadas entre o Estado e cada cidadão, o que se desenvolve em três níveis em vista das distinções entre (i) razões para direitos subjetivos, (ii) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (iii) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos. É dizer, a seguridade social vai além da dicotomia entre interesse e vontade, desenvolvendo-se em razão de finalidades consagradas na Constituição Federal, que são amparadas por uma estrutura pública por meio da qual a prestação desses direitos possa ser juridicamente exigida, seja direta e voluntariamente pelo interessado, seja mediante outrem.

A noção sociológica de seguridade social, na preleção de Denise Feitosa e Maria Araújo¹³⁷, tem razão de ser nas contingências sociais inerentes ao ser humano, como doenças, deficiências, incapacidades, infortúnios e velhice, o que sempre fará com que uma parte da sociedade seja vulnerável. Do ponto de vista histórico, a proteção social das pessoas que, temporária ou definitivamente, não detinha condições de prover o próprio sustento era feita inicialmente pela família ou por meios de caridade. Somente após a industrialização, a proteção contra as intempéries da vida passou a ser vista como uma prestação positiva a ser

¹³⁵ AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 43.

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 185-186.

¹³⁷ FEITOSA, Denise Bzyl; ARAÚJO, Maria Lírida Calou de. A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 837-856, set. 2021. p. 837.

adimplida pelo Estado aos seus cidadãos, inclusive como forma de evitar animosidade na população em razão de condições existenciais insustentáveis.

No âmbito público, quando o Estado chama para si a responsabilidade por proteger as pessoas das vicissitudes da vida, há a instituição de direitos sociais que, com a Constituição Federal de 1988, são erguidos à categoria de direito fundamental¹³⁸. Trata-se de um sistema de direitos criado à luz de um modelo de Estado de bem-estar social (*Welfare State*) concebido na Lei Maior, visando a uma melhoria na qualidade de vida da população, mediante a execução de políticas públicas de proteção social. A garantia de direitos básicos para a subsistência é condição para o pleno exercício dos demais direitos fundamentais, notadamente a liberdade, que permitem efetivar o que se entende por dignidade da pessoa humana. Pela sua natureza positiva, o direito à seguridade tem como questão mais sensível o equilíbrio nas contas públicas.

A missão constitucional de alcançar uma plena satisfação das demandas sociais em busca de mínimas condições de existência digna revela-se distante, de tal forma que a atuação do Poder Público necessita de modulação com vistas a ser eficaz sem se tornar excessiva. Para Alexandra Cesar e Tiago Brito¹³⁹, as normas positivas insculpidas na Constituição são imperiosas no sentido de que o Poder Público lance mão dos gastos que se fizerem necessários para garantir dignidade àqueles que se encontrem impossibilitados de, por esforços próprios, alcançar condições de vida melhores, de modo a os inserir na vida social, reduzindo as dificuldades que passariam sem a ajuda do Estado.

A seguridade social é constantemente objeto de debates acadêmicos, notadamente por ser ameaçada por uma visão política neoliberal que prega uma menor participação do Estado na economia, fundamentada pela sua suposta ineficiência, em um contexto orçamentário de ingerências políticas diversas e malversação do dinheiro público. Os críticos dessa ótica ideológica apontam que o desmonte da Seguridade Social não deve ser admitido, pois impedirá a concretização de objetivos constitucionais como a redução da desigualdade social e econômica, além de, em última análise, de debilitar a democracia, pois “uma sociedade desigual demanda um sistema não participativo para manter-se coesa”¹⁴⁰.

¹³⁸ *Idem.* p. 838.

¹³⁹ CESAR, Alexandra Clara Botareli; BRITO, Tiago Domingues. A influência da lei orgânica da assistência social na concretização dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, Marília/SP, v. 2, n. 1, p. 215-227, jul./dez. 2014. p. 226.

¹⁴⁰ FEITOSA, Denise Bzyl; ARAÚJO, Maria Lírida Calou de. A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 837-856, set. 2021. p. 839.

A esse respeito, Patrícia Marçal e Dinora Zucchetti¹⁴¹ indicam que a seguridade social como atualmente se concebe emergiu a partir do substrato oferecido pelos discursos solidaristas, que remonta à Constituição Federal de 1998, propondo a consagração de direitos sociais a partir de um espaço intermediário entre o público e o privado, Estado e a sociedade civil. Por outro lado, as autoras asseveram que o discurso solidarista não deve ser confundido com paternalismo, protecionismo ou outros qualificativos que desvirtuem a perspectiva de direito social. É preciso reafirmar a seguridade social como conceito, valor, prática e formação na condição de um sistema que promova segurança contra riscos, perdas, danos que possam afetar a condição de vida não apenas dos trabalhadores, mas dos desempregados e demais pessoas que possam necessitar, sem qualquer forma de discriminação, salvo a utilização de critérios legítimos.

A natureza de direito social inerente à seguridade social exige uma postura positiva do Poder Público com vistas a assegurar que suas finalidades constitucionais sejam atingidas. Acerca do sistema previdenciário, inobstante o seu dever fundamental de garantir ao cidadão segurança em casos de contingência, critica-se a sua vinculação a um conceito de mercantilização, como faz Dimitri Abreu¹⁴², ao sopesar que os benefícios previdenciários são advindos de uma relação de contrapartida, cujo pagamento se dá em valores que não impossibilitam, tampouco inibem que exista um mercado de previdência complementar privada, cuja rentabilidade se deve às elevadas taxas de juros que são pagas pelo Tesouro Nacional com o dinheiro que vem dos mesmos tributos que deveriam ser utilizados para financiar as ações do Poder Público em geral em prol do povo, assim como meios para atingir os fins da seguridade social.

Diante dos dilemas envolvendo a viabilidade econômica e administrativa da seguridade social, é possível defender a sua reestruturação no âmbito internacional, como faz Miguel Horvath Jr.¹⁴³, cuja pesquisa levou aos seguintes resultados: (i) o direito da seguridade social é algo novo e possui forte tendência à internacionalização; (ii) a necessidade de internacionalização é reforçada com o avanço do fenômeno da globalização, que projeta efeitos no campo jurídico, notadamente em relação a conceitos como jurisdição e soberania; (iii) o livre trânsito de bens e pessoas e, por consequência, de trabalhadores entre os países integrantes de uma comunidade jurídico-econômica traz a necessidade de aproximar as

¹⁴¹ MARÇAL, Patrícia Fontes; ZUCCHETTI, Dinora Tereza. A proteção social no campo da seguridade à luz do discurso solidarista. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17, n. 32, p. 439-458, jan./jun. 2017. p. 454.

¹⁴² ABREU, Dimitri de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado brasileiro na economia**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 297.

¹⁴³ HORVATH JR, Miguel. **A previdência social em face da globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 102-103.

legislações de proteção aos trabalhadores; (iv) surge, assim, um novo ramo do estudo jurídico: o direito da integração; (v) um dos maiores obstáculos para esse processo de integração, inclusive no âmbito do Mercosul são as Constituições, haja vista que nem todas adotam o conceito de supranacionalidade; (vi) as prestações previdenciárias não podem ficar restritas às fronteiras de um país. Como se vê, essa tendência observada desde 2006 eleva a relevância jurídica da seguridade social à esfera internacional, inclusive para fins penais.

Os principais benefícios financeiros concedidos individualmente às pessoas no âmbito da seguridade social são operacionalizados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o que inclui as atividades de gestão, controle e decisão. Conforme o trabalho de Faroni, Rangel e Bolonha¹⁴⁴, a referida autarquia federal é caracterizada pelos constantes conflitos com os particulares, o que, inclusive, enseja uma relação dificultosa com o Poder Judiciário nas suas relações interinstitucionais e pelo excesso de judicializações por parte dos segurados. Nesse cenário, a concessão de um benefício financeiro, seja na via judicial ou administrativa, costuma ser pautada por uma análise superficial, a partir de uma quantidade limitada de informações, geralmente fornecidas pela própria pessoa interessada ou extraídas de bancos de dados públicos sem muito tratamento ou cruzamento de dados.

Assim, Rego e Oliveira Filho¹⁴⁵ pontuam que o processo de concessão de benefícios, sobretudo os assistenciais, que não demandam prévio vínculo contributivo, costumam ser conduzidos e decididos em um sistema administrativo deficiente, que não possui recursos para executar procedimentos minuciosos a todos as inúmeras demandas, tanto na via administrativa, pelo INSS, quanto na judicial, pelo seu órgão de representação, a Procuradoria-Geral Federal. Dessa forma, acaba surgindo entre os operadores administrativos e judiciais da seguridade social o senso comum de que a concessão de benefícios é significativamente vulnerável a fraudes, com destaque para aqueles de natureza assistencial, em razão da dificuldade de o Poder Público averiguar a existência concreta de cada um dos requisitos legais para a sua concessão.

Para exemplificar as limitações administrativas no controle dos requisitos de concessão de benefícios financeiros, cita-se a carência de pessoal para realizar visitas domiciliares com a finalidade de averiguar a real condição social de cada pleiteante¹⁴⁶, o que é

¹⁴⁴ FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos. A atividade institucional do INSS e sua difícil relação com o Judiciário. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, 110, p. 593-612, Out. 2014/Jan. 2015.

¹⁴⁵ REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão; OLIVEIRA FILHO, Cariolando Guimarães de. Intervenção estatal e eficácia do direito fundamental à seguridade social: o papel do benefício de prestação continuada da LOAS. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02, p. 51-72, abr./jun. 2021. p. 85.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 85.

requisito legal para a concessão de benefícios assistenciais e previdenciários para segurados especiais. Outra situação citada pelos autores é a falta de parcerias de compartilhamento recíproco de informações de pessoas com vínculos trabalhistas ou previdenciários entre o INSS ou a União Federal e os estados e municípios, sendo possível que indivíduos que tenham vínculo ativo com algum desses entes federativos se apresentem como pessoas carentes e seus rendimentos não sejam detectados pela autarquia previdenciária.

Como se observa, a sua relevância social e a vultosa quantidade de recursos públicos movimentados pela seguridade social leva a diversas preocupações com a probidade na sua administração, o que, mesmo sendo legítimo e necessário, pode assumir contornos excessivos, até mesmo despropositados, no sentido de presumir como criminosa qualquer irregularidade.

Esse cenário de constante desconfiança com os atos de terceiros, inclusive no manejo de recursos públicos, se insere no contexto macrossocial hodierno, denominado por expressões como “pós-modernidade”¹⁴⁷, “modernidade tardia”¹⁴⁸ ou “modernidade líquida”¹⁴⁹, o que, conforme explana Miriam Adelman¹⁵⁰, implica transformações sociais, culturais e políticas que ensejam novas análises e olhares, sobretudo em relação a aspectos como a contaminação do público pelo privado; o enfraquecimento de laços sociais associada à desconstrução de formas padronizadas de relacionamento ou perda de possibilidades dialógicas; ou mesmo a pulverização das identidades sociais e culturais, a fluidez das relações entre as pessoas e a relativização das certezas.

Nesse contexto de assente individualismo entre as pessoas, emerge o declínio da confiança na solidariedade humana, o que favorece um sentimento de insegurança que está pouco relacionado com uma perda real de segurança, mas com uma noção subjetiva do outro como fonte de riscos, de ameaças, de perigos: “tendemos a imaginar maquinações hostis, complôs, conspirações de um inimigo que se encontra em nossa porta ou embaixo de nossa cama. Em suma, deve haver um culpado, um crime ou uma intenção criminosa”¹⁵¹. No caso da seguridade social, o indivíduo pode, de uma forma súbita, passar de alguém merecedor de assistência ou amparo para alguém merecedor de punição.

¹⁴⁷ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

¹⁴⁸ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

¹⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

¹⁵⁰ ADELMAN, Miriam. Visões da Pós-modernidade: discursos e perspectivas teórica. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 184-217, jan./jun. 2009. p. 184.

¹⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 09.

Em um cenário de informações excessivas, crimes, fraudes e trapaças acontecendo, a todo momento, das mais diversas formas, contra todo tipo de pessoa ou instituição, há uma exacerbação no sentimento de vulnerabilidade das pessoas. O “outro” concebido de forma imaginária e abstrata desencadeia o medo real. Para Sérgio Carlos Graziano Sobrinho¹⁵², isso reflete um medo generalizado “de tudo e de todos”, o que é marcado pela dificuldade de enxergar o outro como um par, um semelhante, ao invés de um inimigo em potencial cujas ações são imprevisíveis e representam uma ameaça a ser combatida, devendo ser excluído ou destruído a partir de qualquer ato suspeito. Para o autor, é através dessa tendência que o Poder Público, atendendo a anseios populistas, justifica a tomada de medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, mediante as quais se fortalece o imaginário da ordem.

Justamente por esse aspecto da pós-modernidade é que Silva Sánchez¹⁵³ indica que há um processo de institucionalização da insegurança, o que decorre da elevação da interdependência das relações sociais em comunidades globalizadas – que são cada vez mais complexas. A proteção dos bens jurídicos de pessoas, físicas ou jurídicas, inclusive, dentre as segundas, as de direito público, passa a depender da realização de condutas positivas, ou seja, passíveis de controle de riscos por parte dos demais. Consequentemente, ganha força uma sensação geral de insegurança e a caracterização de uma sociedade de “sujeitos passivos”, do medo generalizado, em que os riscos passam a se inserir, de modo objetivo, em condutas penais, sejam omissivas ou comissivas, reforçando-se o uso do poder de punir.

Ante a esse contexto contemporâneo, o direito penal se expande diante do surgimento de novos âmbitos de interesse social que possam demandar proteção específica, o que, em geral, se relaciona à globalização e à transnacionalização das relações sociais. Assim, são inauguradas novas áreas de regulação jurídica para as quais o poder punitivo é instrumentalizado pelo Estado para solucionar novos conflitos¹⁵⁴. É uma tendência que se expressa de forma quantitativa (mais direito penal) e, ao mesmo tempo, qualitativa (onde e com que intensidade se utiliza o poder de punir).

¹⁵² GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149.

¹⁵³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

¹⁵⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 41, p. 23-47, abr./jun. 2011. p. 92.

A esse respeito, Augusto do Amaral¹⁵⁵ utiliza como referência o conceito de cultura do controle para investigar a função que o direito penal tem assumido. Estruturalmente, há uma tendência punitiva que vem preenchendo paulatinamente as práticas penais, estabelecendo-se como norte no controle de comportamentos indesejados. No Brasil, “houve, em realidade, a ampliação do manancial de controle do sistema penal sobre os cidadãos, acompanhado do aumento vertiginoso da população carcerária”¹⁵⁶.

Em um cenário marcado pelas incertezas, as reivindicações coletivas por proteção contra ameaças presumidas impulsionam o uso de mecanismos repressivos – sobretudo os de natureza penal, mediante a tipificação pelo delito de estelionato ou outras fraudes – para enfrentar as novas modalidades de risco. O direito penal passa a entrar em uma situação de descontrole, transformando-se, na prática, “em *prima ratio* no combate ao risco, que, na modernidade, é produto humano, ou seja, diz com a tecnologia e com o contexto de opções políticas e econômicas”¹⁵⁷. De fato, esse processo de expansão pós-moderna do direito penal direcionado ao combate à potenciais danos inerentes a uma atividade econômica revela-se manifestamente propenso a abusos e equívocos sistêmicos, o que se expressa na retroalimentação da violência e repressão originada da atuação do Poder Público.

O risco como objeto de tutela jurídica não é algo recente na história humana. Como demonstra Pedro Braga¹⁵⁸, essa é uma questão que era comumente tratada no âmbito da responsabilidade civil, contratual ou aquiliana, tendo como marco os seguros, inicialmente marítimos, que consistem na forma mais longínqua de precaução em face de prejuízos decorrentes dos potenciais riscos da atividade econômica. A partir dos avanços dos estudos jurídicos e das explicações científicas das causas de dano e do nexo de causalidade, o tratamento cultural do risco passou por profundas transformações, dissociando-se de questões do destino coletivo: “se no passado os riscos advinham sobretudo de fenômenos naturais, hoje têm origem na própria ação ou omissão humana”¹⁵⁹. Como efeito, torna-se inevitável a tendência de deslocar a administração dos riscos do âmbito do direito civil para a responsabilização criminal, fazendo com que o direito penal seja sobrecarregado ao tomar para si um papel de reparação, prevenção e promoção de confiança na atividade econômica

¹⁵⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 98, p. 385-411, out. 2010/ jan. 2011. p. 385.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 406.

¹⁵⁷ LYRA, José Francisco Dias da Costa. A expansão do direito penal na pós-moderna sociedade do risco: o controle penal e suas (im)possibilidades. **(Re)pensando direito**, Santo Ângelo/RS, v. 1, n. 2, p. 55-78, jul./dez. 2011. p. 73.

¹⁵⁸ BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o Direito Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005. p. 157.

¹⁵⁹ *Idem*. p. 162.

que não é originariamente seu - o que se mostra especialmente problemático diante da natureza subsidiária que deveria assumir no modelo de sistema jurídico constitucionalmente estabelecido.

Nesse aspecto, destaca-se como um forte traço do período pós-moderno a responsabilização pessoal pelo risco, especialmente na esfera penal, em uma tendência de “transformar o *Unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *Unrecht* (injusto)”¹⁶⁰. A gestão e o direcionamento de recursos da seguridade social são um notório exemplo desse fenômeno, em que as falhas gerenciais que trazem prejuízos financeiros, via de regra, presumem-se criminosas, buscando-se um culpado, seja o servidor responsável, seja a pessoa que foi destinatária dos recursos.

A ideia do uso do direito penal para combater riscos, especialmente no caso da seguridade social, possui também uma dimensão midiática, na medida em que há notórios debates públicos sobre esse sistema ser vítima de desvios criminosos, esquemas para fraudar benefícios, além do seu suposto caráter deficitário decorrente da sua estrutura orçamentária e de um processo natural de envelhecimento da população. O exercício do poder punitivo surge como resposta simbólica imediata para casos, ainda que pouco relevantes, de ilegalidades que impliquem perda de recursos da seguridade. Coloca-se como desafio a imposição de um crivo racional, pois “não se deve conceber a ideia de um Direito Penal de cunho populista (legislando exclusivamente com pauta na mídia e na sensação social de insegurança) e nem paternalista, que atua com base na imposição de valores sociais”¹⁶¹.

Não é sem razão que o período pós-moderno pode ser enxergado com suspeição, considerando-o como repleto de “perplexidades”. Como aponta Sergio Moccia¹⁶², o direito penal e as conquistas civilizatórias que foram alcançadas por ele nos séculos anteriores tem frequentemente se defrontado com pressões desordenadas de cunho não liberal, o que implica riscos consideráveis às conquistas da modernidade, sobretudo em relação ao arcabouço legal democrático. É imprescindível levar em consideração as imbricações que são inerentes ao diálogo entre o direito e a política, bem como a essencialidade de não abrir mão da defesa de uma noção de direito penal estritamente associada à proteção de direitos e garantias individuais fundamentais. Busca-se, com isso, prevenir o potencial retrocesso a manifestações

¹⁶⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56-57.

¹⁶¹ BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do direito penal e a cultura punitiva. **Arquivo Jurídico** – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, v. 1, n. 4, p. 95-113, jan./jun. 2013. p. 109.

¹⁶² MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 41-54, jan./fev., 2013. p. 41.

inadmissíveis de autoritarismo que se valham de sistemas jurídicos legítimos para aplicar imoderadamente e indiscriminadamente o poder punitivo.

Portanto, não se pode perder de vista que “o direito penal torna-se um instrumento facilmente manipulado pelas forças emotivas dos fatos sociais, o que pode propiciar um ambiente favorável à extrapolação dos limites da racionalidade punitiva do Estado”¹⁶³. Isso não significa que o direito penal não deva ser atualizado e adaptado para enfrentar novas formas de criminalidade, inclusive do colarinho branco, abrangendo todas as suas possibilidades criativas. Contudo, esse processo deve ser acompanhado de forma crítica, evitando-se excessos punitivos, sobretudo quando o objeto jurídico tutelado for a seguridade social, que tem a finalidade de assistir pessoas em condições adversas, às quais não devem ser indevidamente imputadas por um crime apenas por reivindicarem um direito que entendem que possuem ou que deveriam possuir.

4.2. A configuração do estelionato contra a seguridade social e reflexões à luz do princípio da subsidiariedade

A modalidade de crimes de estelionato contra a seguridade social que se insere no escopo da presente pesquisa são aqueles, em regra, decorrentes de irregularidade no preenchimento de requisitos legais para a concessão de um benefício financeiro, no qual o órgão operador é posto em erro, podendo se considerar que a conduta do agente foi praticada mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento¹⁶⁴ – cabendo, assim, interpretação analógica. Por força do parágrafo terceiro do referido dispositivo legal, a pena é majorada em um terço por ser cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Tratam-se dos casos em que pessoas, muitas vezes em situação de desamparo ou dificuldade econômica, ainda que não seja extrema, nem se enquadre no conceito de miserabilidade, que, ao recorrerem à seguridade social, diante da existência de irregularidade no seu pleito por benefício ou surgida após a sua concessão, são responsabilizadas criminalmente pelo delito de estelionato. Tem-se, assim, em um mesmo contexto de políticas

¹⁶³ PIMENTEL, Elaine; REGO, Martin Ramalho de Freitas. O Papel do Direito Penal na Contemporaneidade: Breves reflexões a partir do fenômeno social da expansão punitiva. CARVALHO, Fábio Lins Lessa de. **Reflexões sobre o direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 181.

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 171. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25 mar. 2024.

públicas, uma atuação ambígua ou contraditória do Poder Público, contrapondo proteção e repressão em um mesmo contexto.

Como apontado por Marcelo Campos e Rodrigo Azevedo¹⁶⁵, a política criminal brasileira desde a redemocratização é marcada pela ambiguidade de escolhas, o que se constitui, em muitas situações, na reivindicação de recursos simbólicos do direito penal, expressa na construção de uma legislação mais punitiva, com a criação de novas condutas, bem como maior rigor na aplicação dos tipos penais já existentes, notadamente aqueles dotados de maior abertura, como o estelionato. Do ponto de vista político, é uma tendência comum nos diferentes espectros político-partidários, da direita à esquerda, assim como nos diversos movimentos sociais, os quais acreditam e recorrem à punição como forma de mudar comportamentos. Todavia, como bem destacam os autores, diante de uma superpopulação carcerária, o resultado dessa política de expansão do direito penal é o uso do aparato repressivo como engrenagem central na reprodução da desigualdade econômica, social e jurídica no país.

Uma pesquisa desenvolvida por Hartley Dean e Margaret Melrose¹⁶⁶ com pessoas que cometeram fraude contra o sistema de seguridade social britânico constatou o seguinte: (i) os envolvidos em fraude não demonstraram ter compreensão profunda sobre o funcionamento legal e administrativo do sistema, além de considerá-lo complexo e estressante, o que minimiza deliberadamente sua exposição a ele, buscando caminhos mais simples fora do permitido, o que, contudo, não foi precedido de um planejamento elaborado; (ii) a principal razão suscitada para a prática da fraude foi a necessidade econômica ou a incapacidade de permanecer na mesma situação social, embora tenham considerado os benefícios insuficientes para cobrir às suas necessidades habituais, tendo inclusive a maioria afirmado que precisou fazer dívidas para arcar com despesas eventuais; (iii) na avaliação dos autores, a fraude a benefícios sociais não representa uma forma de erosão ética ou negação dos valores do trabalho, mas o desejo de alcançar um padrão mínimo de subsistência material consistente com - se não for nutrido por - uma concepção empobrecida de cidadania.

Não é sem razão que autores como Silva Sanchez¹⁶⁷ pontuem que a natureza econômica de delitos como o estelionato deveria tornar a sua reprovação social mais associada às consequências concretas do crime para a vítima do que ao próprio ato em si. Um

¹⁶⁵ CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, v. 28, n. 73, 2020. p. 17.

¹⁶⁶ DEAN, Hartley; MELROSE, Margaret. Unravelling citizenship: The significance of social security benefit fraud. **Critical Social Policy**, Londres, v. 16, n. 48, p. 3-31, ago.1996. p. 3; 6-9.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ, J.-M. S. La estafa de seguro: criminología, dogmática y política criminal. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 32, p. 329-359, 1987. p. 331-332.

exemplo citado pelo autor são os casos de estelionato e outras fraudes praticadas contra seguradoras particulares, em que a maioria dos ocorridos é mantida na esfera contratual privada, como forma de obter a reparação do dano sem grandes desgastes para a imagem da instituição envolvida ou constrangimentos desnecessários para o autor da prática, inclusive porque ele outrora foi e pode ainda resguardar diversas semelhanças com o cliente que é público-alvo da atividade econômica da vítima. Essa é uma lógica perfeitamente aplicável à seguridade social, mesmo com o diferencial de se tratar de uma atividade econômica desenvolvida pelo Poder Público, pois os seguros privados, sobretudo em países estrangeiros, assumem um papel similar, resguardando o patrimônio de pequenos e médios empreendedores e trabalhadores em casos de infortúnio, permitindo a manutenção de condições de vida e trabalho com dignidade.

O processo de criminalização secundária pelo delito de estelionato contra a seguridade social mostra-se problemático, pois a sua abrangência típica permite o direcionamento a um grupo de pessoas em condições sociais e econômicas desprivilegiadas que, por si só, já seriam enxergadas por uma perspectiva de desconfiança: “mais importante para o estudo do comportamento do hábito rotulado como desviante, as perspectivas das pessoas que se envolvem são provavelmente muito diferentes das visões daquelas que o condenam”¹⁶⁸. Por outro lado, o agente que pratica o delito de estelionato pode se encontrar em um contexto cultural em que aquela conduta lhe pareça adequada ou, se incorreta, ao menos não em uma dimensão criminal, sobretudo quando há uma necessidade real da vantagem a ser auferida, além de não se enquadrar nas modalidades popularmente mais comuns de crime patrimonial, como furto, roubo ou, até mesmo, latrocínio.

No âmbito da opinião pública, o senso comum da população brasileira é o de que o recebimento de benefícios financeiros, sobretudo os de natureza assistencial, como o bolsa-família, refere-se a uma transferência de recursos de cunho assistencialista e eleitoreiro, com efeitos deletérios sobre a inserção no mercado de trabalho dos beneficiários, que ficariam acomodados e buscariam todo tipo de subterfúgio para manter o benefício, seja a prática de fraudes ou até mesmo gerar mais filhos¹⁶⁹. Conforme os autores, esse tipo de impressão é confirmada, mesmo sem lastro empírico quantitativo, por discursos públicos e reiteração de notícias sobre fraudes na inclusão de pessoas no programa que não atendem aos critérios

¹⁶⁸ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 28.

¹⁶⁹ CASTRO, Henrique Carlos de Oliveira de *et al.* Percepções sobre o Programa Bolsa Família na sociedade brasileira. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p.333-355, nov. 2009. p. 351.

exigidos, sustentando a percepção de que o sistema é passível de ser violado ou enganado e essa é uma questão a ser tratada na esfera penal.

Tem-se, assim, no senso comum, a ideia de que há, por todos os lados, fraudes e estratégias para burlar regras e que nenhum dos sistemas que integram a seguridade social estaria livre desse risco. Isso porque, como demonstrou a pesquisa de Henrique Castro e outros¹⁷⁰, um traço dominante da sociedade brasileira é acreditar, mesmo sem evidências empíricas, que os comportamentos antiéticos fazem parte do caráter dos brasileiros. No entanto, em contraposição a esse olhar geral, aqueles que conhecem os programas que compõem a seguridade social, como no caso do PBF, expressam uma visão mais positiva, permitindo concluir que a regra é que os beneficiários estão cumprindo o que deles se espera e que o projeto estatal atende à sua finalidade.

A respeito do PBF, os casos de fraude comumente se inserem em um contexto político que se desenvolve na esfera local, haja vista que, como demonstram Denilson Coêlho e Antônio Fernandes¹⁷¹, a sua linha de frente de atuação tem como protagonistas os gestores municipais, responsáveis pela incumbência de controlar os bens públicos do programa a partir de funções de coordenação, supervisão e orientação. A fraude institucional ou de benefícios não raramente possui a participação, direta ou indireta, de burocratas ou políticos locais, haja vista o grande poder discricionário de operadores que atuam em guichês, enfermarias, salas de aula e nas ruas. Assim, é possível o direcionamento de benefícios financeiros a pessoas que não atendam às exigências por razões eleitoreiras ou de favorecimento pessoal, podendo o destinatário ser levado a crer que tem direito ou, mesmo ciente da irregularidade, possa ter uma culpabilidade reduzida, especialmente quando se trata de uma prática recorrente, banalizada, corriqueira, com incontáveis exemplos de conhecimento público em uma mesma localidade.

Outro aspecto relevante da modalidade de delito aqui analisado é a oportunidade, no sentido de que a sua prática, muitas vezes, decorre de um contexto em que a prática da fraude se torna não apenas viável, como atrativa, sendo determinante para a ocorrência do ilícito¹⁷². No caso da máquina pública, o excesso de burocracia, morosidade e complexificação de etapas pode compelir o usuário do serviço a buscar caminhos mais fáceis em detrimento da boa-fé ou da legalidade. Com isso, não se pode ignorar que certas burlas aos sistemas da

¹⁷⁰ *Idem*, p. 351-352.

¹⁷¹ COÊLHO, Denilson Bandeira; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. Regras importam: determinantes do controle burocrático no Programa Bolsa Família. **Revista de Administração Pública**, v. 51, n. 5, p. 689-707, set. 2017. p. 697.

¹⁷² BEATO F., Cláudio; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, oportunidade e vitimização. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 73-89, jun. 2004. p. 86.

seguridade social são evitáveis e que lidar com elas pela ótica da criminalização é uma forma de esvaziar a responsabilidade da Administração Pública por otimizar a sua estrutura e seus procedimentos para fins de segurança, evitando irregularidades, sejam decorrentes de dolo ou de desentendimentos.

Nessa problemática, Gráinne McKeever¹⁷³, ao analisar a legislação sobre fraude à seguridade social no Reino Unido e na Austrália, constatou uma diferença de tratamento, não entre os cumpridores e os não cumpridores da lei, mas entre aqueles que estão incluídos na cidadania social e aqueles que estão excluídos dela. A autora aduz que a fraude de baixo nível na seguridade social, entendida como aquela praticada individualmente por aqueles que se inserem ou tentam se inserir no seu escopo protetivo, é simultaneamente uma manifestação de exclusão e uma justificação para novas exclusões. Uma das implicações mais relevantes que o foco na fraude de benefícios representa é a natureza de aminguamento da cidadania social, pois, à medida que as formas de exclusão se intensificam através de disposições legais mais restritivas, há um incremento de reivindicações de seguridade social, sobretudo em cenários de recessões econômicas que faz com que os cidadãos dependam ainda mais dos sistemas estatais de seguridade social.

Sob a ótica da descriminalização, cita-se o caso da Austrália descrito por Scarlet Wilcock¹⁷⁴, onde houve a superação de uma estratégia que priorizava a acusação, que apenas serviu para aumentar os processos criminais em detrimento da robustez da responsabilização no processo de investigação. Nesse caminho, o problema da fraude e do bem-estar, bem como os destinatários acusados, foram concebidos como números e montantes de dívida, impedindo, em grande parte, a consideração das circunstâncias dos casos ou da adequação e consequências da ação penal. A autora relata que, em um movimento recente, essa mentalidade se desfez e deu lugar a um novo conjunto de técnicas para responder à fraude, que invocam as seguintes lógicas e técnicas: (i) da tecnologia de policiamento baseado em inteligência, o que culminou no surgimento de racionalidades bem-estaristas; (ii) do objetivo de se restringir ao processamento dos “casos certos”; (iii) e da consideração dos impactos da acusação no caso individual.

Assim, a introdução e a confiança nas lógicas e práticas da justiça criminal no Estado de bem-estar social resultaram numa abordagem menos punitiva para os beneficiários da seguridade social, ou até mesmo uma forma de descriminalização prática. Colocando esse

¹⁷³ MCKEEVER, Gráinne. Social Citizenship and Social Security Fraud in the UK and Australia. **Social Policy & Administration**, Oxford, v. 46, n. 4, p. 465-482, ago. 2012.

¹⁷⁴ WILCOCK, Scarlet. (De-)Criminalizing Welfare? The Rise and Fall of Social Security Fraud Prosecutions in Australia. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 59, n. 6, p. 1498-1519, nov. 2019. p. 1515.

resultado de forma objetiva, a taxa de processos por fraude na seguridade social caiu aproximadamente 74,9% na Austrália desde 2010¹⁷⁵. Esse número revela o quanto pode ser reduzida a intervenção penal em casos de irregularidades contra a seguridade social, uma questão que sequer é debatida de forma consistente no Brasil.

A situação da Austrália já era objeto de pesquisas jurídicas anos antes, como o estudo empírico feito por Greg Marston e Tamara Walsh¹⁷⁶, que apontou problemáticas sobre a representação da fraude contra a seguridade social em discursos públicos e o tratamento dos seus beneficiários no âmbito da justiça criminal: (i) a falta de informação fornecida às pessoas quanto à inobservância de regras da seguridade social, a disponibilidade limitada de orientação e assistência jurídica; (ii) a taxa de condenação relativamente elevada nos casos observados e as suas consequências a longo prazo, ante o efeito potencial que isso terá na vida das pessoas, como a capacidade de obter um emprego futuro e sair da condição que as levou a buscar a seguridade social, ainda que fora das regras legais; (iii) falta de um olhar pela perspectiva da reestruturação do Estado-providência, das mudanças no mercado de trabalho e mudanças nos objetivos do sistema de seguridade social - análise que é dificultada pela imagem dominante na mídia sobre essas fraudes.

Para os citados autores¹⁷⁷, isso não quer dizer que os casos de verdadeira e grave fraude contra a seguridade não devem ser processados e punidos na esfera penal. Entretanto, é necessário que haja um quadro muito mais amplo utilizado para avaliar as causas e consequências da fraude na seguridade social com base em elementos empíricos cientificamente triados. Na visão dos autores, é mais provável que essas fraudes estejam mais relacionadas a questões estruturais e de administração de bem-estar do que ao comportamento desviante de indivíduos motivados pela ganância.

Esse apontamento remonta à obsoleta modernidade penal descrita por David Garland¹⁷⁸, na qual o controle da criminalidade deveria ser objeto de uma ação exclusivamente estatal, de forma especializada, profissionalizada, a partir da estrita aplicação da lei orientada à acusação e perseguição de criminosos. Nesse paradigma, não há necessidade de uma política que encoraje a ação privada, envolva a participação do público ou das vítimas, ou enfatize a prevenção social ou situacional. A ênfase é totalmente dada no enquadramento

¹⁷⁵ *Idem*, p. 1498.

¹⁷⁶ MARSTON, Greg; WALSH, Tamara. A case of misrepresentation: social security fraud and the criminal justice system in Australia. **Griffith Law Review**, Brisbane (Austrália), v. 17, n. 1, p. 286-300, jul. 2008. p. 298.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 103.

de ameaças legais e no oferecimento de respostas reativas, partindo da criticável premissa de que os problemas sociais são melhores tratados por burocracias administradas pelo Estado, compostas por especialistas e racionalmente voltadas para tarefas específicas - minimizando as interlocuções com a sociedade civil em prol do conhecimento governamental. Os casos de estelionato contra a seguridade social observados no Brasil revelam resquícios desse sistema, o que deve ser levado em consideração para o aperfeiçoamento das instituições e, sobretudo, para a melhor aplicação do direito penal.

Destarte, a modalidade de condutas aqui analisada destoa da concepção doutrinária e criminológica que tradicionalmente se constrói em torno do estelionato, que, para Cinthya Zúñiga e Roberto Martínez¹⁷⁹, é marcado pela exigência de um alto nível de complexidade para a sua consumação, o que se insere em um contexto atual de economia de mercado globalizada, na qual impera o ânimo de obter ganhos financeiros, competitividade e lucro. Sendo um delito de ordem econômica, os autores caracterizam a figura do estelionatário como alguém que conhece o seu entorno e as necessidades de suas potenciais vítimas, além de saber se aproveitar de fatores emocionais, psicológicos e demandas circunstanciais da pessoa ofendida, convertendo esses elementos em meio para o cometimento do ato ilícito. Por outro lado, a abertura típica do delito de estelionato enseja que, sem a devida ponderação, pessoas com perfil totalmente distinto sejam acusadas criminalmente.

Esse debate deve ser contextualizado em um paradigma de superação do positivismo jurídico diante do neoconstitucionalismo, no qual a Carta Magna passa a gozar de força normativa e vincular os demais atos jurídicos. Um importante princípio de matriz constitucional voltado à disciplina da lei penal incriminadora é o da subsidiariedade, expresso na ideia de *ultima ratio*. Entretanto, como disserta Joerberth Nunes¹⁸⁰, em razão de um descontrole estatal, o direito penal emerge como alternativa que se faz presente no momento de pré-ação, assumindo papéis próprios de leis não penais, forjando uma tendência cada vez mais forte de inflar e saturar, descaracterizando, por si só, sua natureza racional, moderada, excepcional, proveniente de uma visão liberal. Assim, o fenômeno da expansão do direito penal observado na pós-modernidade representa uma ameaça à noção constitucional de intervenção mínima, por meio da qual a lei penal incriminadora não deveria se tornar corriqueira, comum, vazia de efetividade, mas um instrumento de secundariedade.

¹⁷⁹ ZÚÑIGA, Cinthya Paulina Cisneros; MARTÍNEZ, Roberto Carlos Jiménez. El delito de estafa: naturaleza, elementos y consumación. **Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores**, Toluca (México), v. 8, edição especial, p. 1-18, jul. 2021. p. 16.

¹⁸⁰ NUNES, Joerberth Pinto. **Expansão penal e intervenção mínima: paradoxos do direito penal contemporâneo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2011. p. 118.

Ressalta-se que não se ignora a tão discutida relevância econômica e social da seguridade social, o que faz inclusive com que o estelionato praticado contra ela assuma contornos de crime econômico. A esse respeito, cita-se a tese defendida por Gamil El Hireche¹⁸¹, no sentido de que, sendo admitida a intervenção penal nessa seara, mesmo sendo evidente e manifesta a sua ilegitimidade, é imprescindível que se faça uma interpretação constitucional restritiva ao se aplicar o tipo penal em concreto, inclusive em razão da função de exclusiva proteção de bens jurídicos e de garantias.

De toda sorte, a partir da citada tese, a intervenção penal em matéria econômica, sendo ilegítima e inadequada, terminará, conseqüentemente, sendo puramente simbólica ou promocional, destituída de efetividade, razão pela qual se constitui em uma “funcionalidade disfuncional”¹⁸², o que levaria a duas alternativas indesejadas e condenáveis: ou a norma incriminadora deixará de punir pela fragilidade da sua construção; ou, ao punir, terá de desprezar garantias inerentes ao direito penal.

Outro ponto relevante exposto por Gamil El Hireche¹⁸³ é que, no âmbito aqui tratado, o direito penal não se mostra apto para alcançar a prevenção primária, como concebida pela criminologia, além de ser passível de críticas inerentes à atuação do direito penal em geral, como a existência de cifras ocultas, seletividade e consequencialidade. Em verdade, a esfera administrativa, notadamente no âmbito do direito sancionador, mostra-se suficiente e adequada para tratar da grande maioria das condutas ilícitas praticadas contra a seguridade social e seus prejuízos financeiros, inclusive para fins de reparação do dano que, via de regra, é exclusivamente financeiro, não prejudicando a sua finalidade social.

4.3. A significância das lesões à seguridade social: uma crítica à jurisprudência do STJ

O princípio da insignificância constitui-se como instituto dogmático a partir do pressuposto fundamental de que o direito penal não deve tratar de todo e qualquer ato socialmente lesivo, mas apenas e tão somente aqueles mais graves, algo amplamente adotado

¹⁸¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica**: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. p. 409.

¹⁸² *Idem*, p. 410.

¹⁸³ *Idem*.

pela doutrina dos países que aderiram aos sistemas jurídicos romano-germânicos¹⁸⁴. Nos dias atuais, os debates em torno desse princípio não se voltam à sua aplicabilidade, que é assente na doutrina e jurisprudência, mas à forma mais adequada de fazê-lo. Deve-se ter em vista, como pontuado pelo referido autor, que esse princípio, além de critério interpretativo, consiste em corretivo político-criminal, ou seja, uma forma de evitar a aplicação da lei penal incriminadora na sua literalidade em determinadas situações.

O princípio da insignificância pode ser decomposto em dois subprincípios, como define Adjair Cintra¹⁸⁵: (i) insignificância absoluta (excludente da tipicidade material), que se caracteriza pela presença de uma lesão diminuta, reduzidíssima, de tal forma que sequer possa considerar, em abstrato, que afetou o bem jurídico tutelado penalmente; (ii) insignificância relativa (excludente da culpabilidade), presente nos casos em que a lesão é de reduzida monta, sendo relativamente insignificante diante do seu resultado em relação ao bem jurídico concretamente considerado, de modo que, estando presente ainda a reduzida reprovabilidade do agente, o fato deve ser considerado axiologicamente irrelevante, ensejando a desnecessidade ou não merecimento de pena.

O STJ possui jurisprudência no sentido de que o princípio da insignificância não é compatível com os casos de estelionato contra a seguridade social, não sendo esse, para a Corte, um fundamento idôneo para a descriminalização sistemática, em concreto, desse tipo de conduta. Isso é ilustrado pelo entendimento exarado, em 2015, no julgamento do AREsp n. 682.583, pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca: “inaplicável o princípio da insignificância ao crime de estelionato previdenciário, pois a conduta é altamente reprovável, ofendendo o patrimônio público, a moral administrativa e a fê pública”¹⁸⁶

Dessa forma, a Corte da Cidadania firma o entendimento jurisprudencial segundo o qual “o princípio da insignificância não se aplica ao delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, uma vez que o prejuízo não se resume ao valor recebido indevidamente, mas se estende a todo o sistema previdenciário”¹⁸⁷. Apesar dessa diretriz geral, o próprio relator do referido julgado destacou que, à luz da jurisprudência do STJ e do STF, a incidência do princípio da insignificância pressupõe a presença concomitante de quatro vetores: (i) mínima

¹⁸⁴ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203–233, jan. 2012. p. 209.

¹⁸⁵ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 123-124.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 682.583/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe de 28/8/2015.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.079.618/RN, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022.

ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Dentre os casos que o STJ apreciou e entendeu pela inaplicabilidade da insignificância, citam-se os seguintes: (i) AgRg no AREsp 722967/SP, o réu obteve a concessão de auxílio-doença com a apresentação de atestado médico falso, tendo recebido indevidamente o benefício pelo período de 17/7/2006 a 12/1/2007, causando um prejuízo aos cofres públicos de R\$ 1.018,86 (mil e dezoito reais e oitenta e seis centavos), sendo o salário mínimo na época de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), foi absolvido sumariamente pelo juízo de primeiro grau, decisão reformada pelo TRF da 3ª Região e mantida pelo STJ¹⁸⁸; (ii) REsp 1.770.833/AL, a ré obteve a concessão do Bolsa Família praticando a conduta omissiva de não informar a plenitude da renda per capita do seu grupo familiar, deixando de apontar sua condição de merendeira da Secretaria Municipal de Educação de Maceió, sendo condenada pelo juízo de primeiro grau, absolvida no TRF da 5ª Região pela aplicação do princípio da insignificância, destacando-se a sua pouca instrução formal, seu contexto familiar complexo (com muitos integrantes na mesma condição) e economicamente aflitivo (pobre), tendo a condenação sido restabelecida pelo STJ¹⁸⁹; (iii) AgInt no REsp 1.698.366/AL, o réu assinou a carteira de trabalho da corre como funcionária de sua empresa quando, na verdade, trabalhava como doméstica em sua residência, viabilizando o recebimento de seguro-desemprego e retirada de saque do FGTS, entendendo as instâncias ordinárias e o STJ que, apesar de a ré ter sacado valores de sua própria conta, a origem dos recursos é fraudulenta (falsidade em CTPS), a configurar o delito descrito no art. 171, § 3º, do CP, causando um prejuízo ao erário de R\$ 1.287,62 (mil duzentos e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos).

Essa linha de entendimento está associada à tese firmada na Súmula 599 do STJ: “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”¹⁹⁰. Regra essa que é rigorosamente aplicada pela Corte da Cidadania, sendo reconhecidos como exceção apenas casos raríssimos e extremos, como o que ocorreu em novembro de 2013, no município de Gravataí (RS), quando uma pessoa passou o carro por cima de um cone de trânsito após furar um bloqueio da Polícia Rodoviária Federal. Esse fato foi apreciado no RHC 85272,

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 722.967/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 5/11/2015.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.770.833/AL, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe de 19/12/2018.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 599, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe de 27/11/2017.

tendo o relator, ministro Nefi Cordeiro, ressaltado aspectos como o réu ser primário, ter 83 (oitenta e três) anos na época do fato e o cone avariado custar menos de R\$ 20 (vinte reais), ou seja, valor inferior a 3% (três por cento) do salário mínimo vigente à época, assim entendendo: “A despeito do teor do enunciado 599, as peculiaridades do caso concreto justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada”¹⁹¹

Por outro lado, a jurisprudência do STJ, por meio do Tema Repetitivo nº 157 pacificou-se no sentido de admitir a aplicação do princípio da insignificância em crimes tributários federais e de descaminho, adotando-se como parâmetro objetivo o valor de R\$ 20.000 (vinte mil reais), conforme a diretriz financeira para a promoção da execução civil prevista no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda¹⁹².

Todavia, esse entendimento não serviu de referência para a Corte da Cidadania rever a aplicabilidade do princípio da insignificância ao estelionato contra a seguridade social, mesmo havendo “uma proximidade ontológica e jurídica entre as condutas imputáveis como sonegação fiscal e congêneres (descaminho, sonegação previdenciária, apropriação indébita previdenciária), e outras, imputáveis como estelionato contra entidade pública”¹⁹³. Essa proximidade, conforme explicam os citados autores, se evidencia pelos seguintes aspectos: (i) ambos acarretam prejuízo econômico ao Erário, seja retirando ilegalmente valores que já integram o seu patrimônio (estelionato) seja impedindo o Estado de receber valores que lhe são devidos (tributos); (ii) vários crimes tributários apresentam, no seu tipo penal, exigência de conduta fraudulenta ou ardilosa para a configuração, assim como ocorre no crime de estelionato; (iii) o meio de reparação do dano causado pelos crimes tributários e pelo estelionato contra ente público é semelhante, já que os valores ilegalmente auferidos pelo estelionatário podem ser inscritos em dívida ativa após o regular procedimento administrativo, assim como ocorre com a cobrança de créditos tributários; (iv) caso não existam tipos penais que especificam os delitos contra a ordem tributária, os fatos correspondentes não seriam atípicos e impuníveis, pois certamente incidiria a norma do art. 171, § 3º, do CP, em grande

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 85.272/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 23/8/2018.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.709.029/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018.

¹⁹³ GUIMARÃES, Daniel de Carvalho; CARMO, Fabíola Bortolozo do. A insignificância da lesão no delito de estelionato contra entidades públicas. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 83-98, dez. 2010. p. 96-97.

parte dos casos, o que não ocorre tão somente pela existência de norma penal mais específica para a esfera tributária.

Para autores como Adjair Cintra¹⁹⁴, o afastamento da criminalização nos casos de crimes tributários com resultado inferior a determinado valor, atualmente de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não decorre da aplicação do princípio da insignificância, embora seja essa a fundamentação comumente adotada na jurisprudência, mas do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) do direito penal associada ao princípio da oportunidade aplicável à execução fiscal. Essa mesma perspectiva pode ser adotada em relação ao delito de estelionato contra a seguridade social, pois, entendendo pelo não cabimento de insignificância, é possível afastar a incidência penal à luz da intervenção mínima.

Diante desse inegável grau de semelhança entre o estelionato contra a seguridade social e os crimes de natureza tributária, como destacado por Daniel Guimarães e Fabíola do Carmo¹⁹⁵, por questões de proporcionalidade e razoabilidade, inclusive a partir da Constituição, ambos os grupos de delitos devem receber tratamentos congruentes. As razões de decidir suscitadas pelo STJ para a aplicação extremamente restritiva do princípio da lesividade ao estelionato merecem críticas, em razão das seguintes motivações: (i) mínima ofensividade da conduta do agente deve ser considerada diante dos critérios adotados pela União para dispensa de cobrança judiciais dos seus créditos, não havendo razões idôneas a justificar que a seguridade social seja exceção; (ii) nenhuma periculosidade social da ação, o que deve levar em consideração que os atos de estelionato contra a seguridade social não costuma trazer maiores consequências para esse sistema, não o tornando mais vulnerável para outras fraudes, nem inviabilizando o seu regular funcionamento; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, o que deve ser observado em concreto, a partir da escolaridade, contexto social e cultural do agente e seu *modus operandi*, não sendo devido fazer juízos abstrato de reprovação desse tipo de conduta, inclusive porque a abertura do tipo penal permite inúmeras variações; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, o que deve ser avaliado tendo-se em vista que, apesar de a seguridade, notadamente a previdência, há tempos ser considerada deficitária, isso não se deve aos casos de estelionato ou outras fraudes, mas a fatores de organização orçamentária e tendências geográficas do país, não

¹⁹⁴ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 124.

¹⁹⁵ GUIMARÃES, Daniel de Carvalho; CARMO, Fabíola Bortolozo do. A insignificância da lesão no delito de estelionato contra entidades públicas. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 83-98, dez. 2010. p. 97.

havendo qualquer registro que alguém tenha deixado de receber um benefício devido porque faltou recursos em razão de fraudadores terem contribuído para o seu esgotamento.

Por uma perspectiva criminológica crítica, não se pode deixar de observar que as duas modalidades de crime aqui indicadas, os tributários e o estelionato, têm como distinção o grupo social que comumente os comete. Enquanto os primeiros são cometidos, em regra, por pessoas de classe social privilegiada, com melhores condições econômicas, os segundos são normalmente cometidos por pessoas de classe baixa ou média, que necessitam, em alguma medida, de benefícios do poder público para melhorar sua condição de subsistência - o que não ocorre com pessoas de classe alta, para quem os valores de benefícios sociais, geralmente de um salário mínimo, podendo chegar até R\$ 7.786,02 (teto atual do RGPS), seriam insignificantes para o seu padrão de vida. Assim, é possível inferir que os delitos tributários para os quais se admite a insignificância, mesmo em valores expressivos, é uma visão jurisprudência que está associada à dimensão de classe do direito penal, de modo que os órgãos públicos que o aplicam evitam direcionar sua atuação para pessoas que possuem prestígio social e ausência de estereótipo para orientar a repressão, além de que possuem influência, podem contratar bons advogados e conseguir maior acesso às Cortes Superiores - processo através do qual a criminalidade dessa classe social privilegiada é direcionada às cifras ocultas¹⁹⁶.

Não se ignora que o estelionato contra a seguridade social é delito pluriofensivo, não afetando apenas o patrimônio público, mas também o direito difuso dos possíveis beneficiários da seguridade social. Todavia, como defende Adjair Cintra¹⁹⁷, a supra individualidade do bem jurídico afetado não é óbice à aplicabilidade do princípio da insignificância, como pode até reforçar a possibilidade da sua aplicação, pois esse bem jurídico se distancia do ser humano, sendo as lesões sofridas por esse bem, *a priori*, de menor afetação para os indivíduos, sendo maior a viabilidade de serem consideradas insignificantes, eis que a pessoa humana é a razão de ser do ordenamento penal.

No caso da seguridade social, há que se considerar também que certas fraudes podem ter impacto diminuto em relação aos danos que o bem já vem sofrendo, assim como a capacidade regenerativa desse bem ser significativamente superior à frequência da conduta lesiva, tornando a lesão inexpressiva¹⁹⁸. É dizer, há que se considerar a estrutura orçamentária

¹⁹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 11-12.

¹⁹⁷ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 125-126.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 126.

da seguridade social, e o que os comportamentos fraudulentos individuais representam para o seu equilíbrio financeiro. Sobre isso, cita-se um dos poucos precedentes do STF sobre a matéria:

Habeas corpus. Penal. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada, o que não legitima a aplicabilidade do postulado. Ordem denegada. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, carece, entre outros fatores, além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. 2. Ainda que se admitisse como norte para aferição do relevo material da conduta praticada pelo paciente a tese de que a própria Fazenda Pública não promove a execução fiscal para débitos inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais) - Lei nº 10.522/02 -, remanesceria, na espécie, o alto grau de reprovabilidade da conduta praticada. Esse fato, por si só, não legitimaria a aplicabilidade do postulado da insignificância. 3. Paciente que, após o falecimento de terceiro, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando prejuízo ao INSS na ordem de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 4. **Esse tipo de conduta contribui negativamente com o deficit previdenciário do regime geral, que alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais. Não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do deficit indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornar comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente se agravaria a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros. Daí porque se afere como elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada.** 5. Segundo a jurisprudência da Corte “o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva” (HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/11). 6. Ordem denegada.¹⁹⁹

A efetividade da seguridade social é historicamente ameaçada, não pela reiteração de casos de fraude, mas por um processo paulatino de desmonte no seu financiamento, como demonstra Evilasio Salvador²⁰⁰, o que ocorre: (i) pela apropriação dos recursos vinculados ao seu orçamento para a viabilização de um ajuste fiscal, com destaque para o mecanismo denominado de DRU - Desvinculação de Receitas da União, que agrava a drenagem de recursos da seguridade social para realizar o pagamento de juros, encargos e amortização; (ii) e pelas renúncias tributárias concedidas sobre as contribuições sociais que deveriam ser direcionadas exclusivamente para o financiamento da previdência social, assistência social, saúde e seguro-desemprego. Para o autor, o orçamento da seguridade social seria

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111918, Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, DJe de 21/06/2012.

²⁰⁰ SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 130, p. 426-446, set./dez. 2017. p. 442-443.

superavitário, mesmo nas contas oficiais, caso os recursos que lhe foram sursurriados por manobras financeiras lhe fossem devolvidos.

O financiamento da seguridade social é objeto de constantes críticas entre autores de outras áreas do saber, sendo o seu caráter deficitário atribuído a escolhas de políticas públicas formuladas deliberadamente pelo Executivo e Legislativo federais, e não a infortúnios que lhe fogem ao controle, como as fraudes. A esse respeito, Alencar Júnior e Salvador²⁰¹ destacam que está havendo um processo gradativo de transferência proporcional dos empregadores para os empregados do ônus contributivo para com a seguridade social e, além disso, embora os empregadores continuem sendo, em termos absolutos, os maiores contribuintes, essa contribuição tem um caráter contributivo indireto já que são contabilizados como custo, e o seu gasto é embutido nos preços dos produtos a serem vendidos, repassando para os consumidores o ônus tributário, anulando o efeito redistributivo e aumentando a regressividade da tributação. Apesar de esses aspectos mais específicos da dinâmica econômica da seguridade social fugirem do escopo desta investigação, eles servem para ilustrar que o seu real problema de financiamento, apesar de constantemente invocado pela mídia e pelos tribunais para tudo que a ela se relaciona, pouco tem a ver com os delitos aqui analisados.

Portanto, observa-se que o tão suscitado “alto grau de reprovabilidade” do estelionato contra a seguridade social, aludidamente relacionado ao déficit orçamentário desse sistema, é depauperado após uma análise mais profunda da dinâmica econômica que permeia a seguridade. Em realidade, esse fundamento mais se relaciona com a ideia de preservação da “moral administrativa”, a qual, segundo Gustavo Guadanhin²⁰², não deve constituir óbice real à aplicação do princípio da insignificância, sobretudo quando posta no âmbito da reprovabilidade abstrata, pois não há restrições dogmáticas para a sua utilização perante qualquer bem jurídico, mesmo que difuso ou coletivo, devendo a mensuração do dano que ele sofrer ocorrer pelos parâmetros de um sistema aberto, sendo inviável fixar, de plano, critérios objetivos restritivos de aferição.

Para além do exame do grau de lesividade da conduta, deve-se ter em vista a pertinência do tratamento na esfera penal diante dos seus altos custos econômicos e sociais, bem como questões intrínsecas ao processo, como probabilidade de condenação e a falta de

²⁰¹ ALENCAR JUNIOR, Osmar Gomes; SALVADOR, Evilasio da Silva. Finanças, fundo público e financiamento da Seguridade Social no Brasil. *Revista Katálysis*, v. 18, n. 2, p. 239–248, jul. 2015. p. 247.

²⁰² GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **O princípio da insignificância nos delitos contra a Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 158.

necessidade da pena - perspectiva essa que “tem o grande mérito de deixar claro que o Estado não deve sequer ter interesse processual na movimentação despropositada da máquina penal”²⁰³. Em termos concretos, os operadores do direito devem ter uma visão crítica em movimentar um sistema público complexo e dispendioso, composto pela Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e, muitas vezes, Defensoria Pública, todos eles integrados por profissionais com alto nível de qualificação e remuneração cuja disponibilidade poderia ser melhor aproveitada numa das inúmeras demandas relevantes que os sobrecarregam.

Diante do presente debate, merece ser mencionado um caso julgado na Justiça Federal de Alagoas²⁰⁴ em que a ré, beneficiária do PBF, deixou de informar que, durante o período de maio/2009 a junho/2010, o marido exerceu a função comissionada de secretário parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas e, em razão dessa omissão, recebeu indevidamente o “montante” de R\$110,00 (cento e dez reais). Apesar de devidamente invocado pela defesa, o princípio da insignificância não foi aplicado pelo juízo sentenciante em razão da já citada jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas o valor ínfimo recebido foi utilizado como elemento para corroborar o fundamento de não demonstração do dolo utilizado para absolver a ré - decisão que não foi objeto de recurso e, por isso, transitou em julgado. Como se observa, há situações em que o reduzido valor do dano causado ao Erário deixa claro para os operadores do direito que a conduta não deve ser criminalizada, o que, diante das teses fixadas em abstrato pelos tribunais superiores, é efetivado por subterfúgios, como a comprovação do dolo. Ressalta-se que é relevante distinguir uma absolvição fundada na falta de prova de outra amparada na insignificância: (i) pela perspectiva procedimental, o fundamento da segunda, pela sua natureza objetiva, tem maior possibilidade de ser reconhecido no início da persecução penal, pelo delegado de polícia, representante do Ministério Público ou pelo juiz quando do recebimento da denúncia; (ii) do ponto de vista simbólico, pode-se inferir que a primeira traria repercussões sociais mais danosas à imagem do agente, pois, uma coisa é ser absolvido pela falta de provas no cometimento de um crime, outra totalmente diferente é o Estado-juiz declarar que não há crime no ato praticado.

O simples fato de alguém ser acusado e submetido a responder a um processo criminal, é, por si só, grave e excessivamente danoso à dignidade, ainda que do procedimento

²⁰³ LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203–233, jan. 2012. p. 212.

²⁰⁴ BRASIL. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas. Processo nº 0804681-64.2017.4.05.8000. Disponível em: <<https://pje.jfal.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam#>>. Acesso em: 20 maio 2022.

resulte a absolvição. Para Francesco Carnelutti²⁰⁵, o processo penal é um terrível mecanismo, imperfeito e imperfectível, que expõe uma pobre pessoa a ser pintada a largos traços frente a um julgador, inquirido, e, não raramente, detido, arrancado da sua família e dos seus afazeres, maculando ou mesmo arruinando a sua imagem perante a opinião pública, para depois não ser reconhecida a culpa de quem, seja também sem culpa, tenha abalado e desconsertado indevidamente a sua vida. Ainda que seja algo que não dê para modificar, é importante, ao menos, reconhecer a miséria do mecanismo e a necessidade de se reconhecer a inocência na primeira oportunidade em que ela se apresente, ou seja, o quanto antes for possível, no inquérito policial, na escolha do *parquet* pelo oferecimento da denúncia ou na decisão judicial de admissibilidade da acusação.

²⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Servanda, 1995. p. 54

5. ATIPICIDADE DO ESTELIONATO CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL PELO SEU ASPECTO PROCEDIMENTAL

Um ponto essencial da presente investigação é o de enfatizar que a concessão dos benefícios da seguridade social se dá, necessariamente, mediante a submissão do requerente a um processo administrativo cuja decisão final desfavorável tem levado com regular frequência à repetição dessa demanda perante o Judiciário, em que figura no polo passivo órgão da Administração Pública que deverá defender o seu ato de indeferimento ou, entendendo ser o caso, retratar-se oferecendo proposta de acordo.

Esse aspecto procedimental inerente ao sistema de seguridade social é bastante relevante, podendo, por si só, ser considerado fundamento para a atipicidade do delito de estelionato contra ele praticado, sem prejuízo de eventuais consequências na esfera civil ou administrativa. Por essa ótica, é possível questionar se a conduta temerária ou sagaz de alguém que obtém ou tenta obter um benefício financeiro indevido é compatível com elementos típicos do crime de estelionato, como o seu meio (“artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”) ou o seu resultado (“vantagem ilícita”) - que se faz, notadamente, considerando o princípio da intervenção mínima do direito penal ou, mais especificamente, da fragmentariedade.

5.1. Atipicidade do estelionato contra a seguridade social praticado no bojo do processo judicial

A prática do estelionato no âmbito de um processo movido no Poder Judiciário é comumente conhecida como “estelionato judicial”, podendo ser definida como a conduta consistente em “utilizar o processo judicial de maneira fraudulenta para ludibriar o juiz e, assim, obter uma vantagem ilícita”²⁰⁶. Essa modalidade de estelionato reúne todos os elementos típicos do artigo 171 do Código Penal, sendo a sua tipicidade discutível em face da natureza jurídica do processo judicial.

O fato de essa conduta se amoldar adequadamente ao tipo penal do estelionato faz com que alguns autores, como Pedro de Brito, defendam que ela deve ser criminalizada, assim

²⁰⁶ BRITO, Pedro Moreira Aguiar de. A criminalização do estelionato judicial e a crítica à jurisprudência dominante nos tribunais acerca da matéria. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 1050-1065, jul./dez. 2021. p. 1050.

como é feito com as condutas fraudulentas praticadas por outros meios além do processo judicial. De fato, em todo caso, são verdadeiros argumentos como os seguintes: (i) haverá uma conduta do agente dirigida finalisticamente ao alcance de uma vantagem, por outros meios, indevidas, de conteúdo patrimonial, em prejuízo alheio; (ii) o tipo penal admite que o sujeito passivo poderá tanto ser a pessoa mantida em erro, como o juiz, como a pessoa que sofreu o prejuízo patrimonial, como a parte contrária; (iii) o processo judicial é meio hábil para a prática de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, não havendo restrição legal quanto a isso; (iv) há relevância jurídica no ato ilícito praticado, inclusive pelo seu caráter pluriofensivo, afetando não só o patrimônio da vítima, como a dignidade ou a moralidade do sistema de justiça.

A linha de pensamento que defende a criminalização do estelionato judicial se caracteriza pelo apego excessivo ao processo de aplicação do tipo penal ao rol de condutas em tela a partir de uma leitura superficial da literalidade da lei, enfatizando também a sua reprovabilidade social, pontuando que se trata de “uma das formas mais audazes de obter vantagem imprópria, uma vez que o agente dessa transgressão se vale do próprio Poder Judiciário para atingir seu objetivo ilícito” e que esse tipo de conduta, “se repetida livremente e sem a devida inibição, pode tornar-se cada vez mais presente no cotidiano do Judiciário, o que, indubitavelmente, ocasionaria problemas para todos os setores da sociedade”²⁰⁷. Todavia, o que deve ser observado é a dimensão sistemática da hermenêutica penal, ante as relações do direito penal com outros ramos do direito e, notadamente, as especificidades do direito processual.

A não tipificação como crime de estelionato judicial mostra-se assente na jurisprudência do STJ, conforme precedentes recentes das duas Turmas (5ª e 6ª) responsáveis por tratar de demandas criminais:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o denominado "estelionato judicial" - o manejo de processos judiciais para, mediante fraude ou ardil, ludibriar a Justiça e auferir lucros ou vantagens indevidas, a despeito da ciência do Advogado sobre a inidoneidade da demanda - é conduta atípica. É certo ainda que tal ato, evidentemente reprovável, encontra resposta na esfera cível, que prevê a condenação por litigância de má-fé e aplicação de multa, além das possibilidades de ação de indenização e, conforme disciplina do Estatuto da Advocacia, de punição disciplinar.²⁰⁸

²⁰⁷ DELORENZI, Lucas Meireles da Silva. O reconhecimento da figura do estelionato judicial e seus reflexos no âmbito processual. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. único, p. 502-514, jan./dez. 2022. p. 503.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 126.006/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.

O estelionato judicial consiste no uso do processo judicial para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, artil ou engodo, ludibriando a Justiça, com ciência da inidoneidade da demanda. Percebe-se que a leitura das elementares do art. 171, caput, do Código Penal deve estar em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV), do que decorre o entendimento segundo o qual o direito de ação é subjetivo e público e abstrato, em relação ao direito material. Desse modo, verifica-se atipicidade penal da conduta de invocar causa de pedir remota inexistente para alcançar consequências jurídicas pretendidas, mesmo que a parte ou seu procurador tenham ciência da ilegitimidade da demanda.²⁰⁹

Mesmo sendo reconhecida pelo órgão jurisdicional responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, única fonte imediata de criminalização, a atipicidade do estelionato judicial é questão que demanda justificação aprofundada, pois, como visto, remanescem posições contrárias na doutrina.

Ainda que possam ser suscitados diversos fundamentos para a não criminalização, a linha mestra a ser adotada nesses casos é a da inviabilidade da intervenção penal por se tratar de circunstância totalmente abrangida pela regulamentação do direito processual, seja qual for a natureza do direito material discutido. No caso do pleito de benefícios do sistema de seguridade social, a existência de hipóteses legais pré-concebidas de concessão ratifica a primazia da jurisdição cível para dar a palavra final na relação conflituosa estabelecida entre a parte requerente e a Administração Pública.

Não se pode perder de vista que o dito “estelionato judicial” se propõe a criminalizar o exercício do direito fundamental de ação, que se associa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, alicerçado no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88. Sobre esse direito, citam-se as considerações de Pedro Henrique Nogueira²¹⁰: (i) o direito à jurisdição, no ordenamento brasileiro, consiste em posição jurídica de vantagem atribuída a todos os indivíduos de poderem pedir e receber do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional; (ii) o acesso à jurisdição consiste em direito fundamental em sentido estrito de prestação positiva do Estado e não uma garantia constitucional; (iii) como direito fundamental, está imune ao poder reformador e seu regime é o de aplicabilidade imediata; (iv) como dever jurídico correlato, o Poder Judiciário deve efetivar o acesso à jurisdição e fornecer uma resposta ao demandante, ainda que contrária ao seu interesse e sem a cooperação do sujeito passivo da relação processual. A mera insubsistência da causa de pedir remota, ou seja, as razões de fato do pedido, não implicam irregularidade no exercício do direito de ação, dispondo o ordenamento

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 857.248/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/12/2023, DJe de 11/12/2023.

²¹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2006. p. 141-141.

processual de mecanismos para lidar com esse tipo de situação, inclusive para responsabilizar, no próprio processo, aqueles que ajuizarem ações de forma temerária ou desleal.

Não se pode ignorar que o sistema judiciário é fruto de um longo e multifacetário percurso histórico em que diversas foram as formas de definir como as pessoas seriam julgadas pelos atos que praticaram e, principalmente, como a verdade sobre essas condutas seria apurada e reconhecida para todos os fins jurídicos e/ou sociais²¹¹. É evidente que nenhum sistema seria perfeito ou infalível e, ainda que o fosse, seria improvável aplicá-lo de forma ideal em todos os inúmeros e variados casos concretos. Dessa forma, um padrão observado em muitos momentos históricos é que o processo para a tomada de uma decisão com o objetivo de pôr fim a um conflito de uma forma justa (ao menos para os padrões da respectiva comunidade), definindo qual a verdade e o direito aplicável, ostenta a natureza de jogo, competição, disputa ou duelo, é dizer, relação dialética em que o verdadeiro e o justo se constrói pela conduta das partes litigantes - cujo resultado, ainda que não compatível com o que se concebe, de forma dominante, como real ou justo, será legítimo entre as partes.

A noção de absoluta impropriedade do meio em relação ao estelionato judicial não implica supor que o processo judicial não seja meio hábil à prática da conduta literalmente prevista no artigo 171 do CP, mas que ele seja incompatível com a lógica estabelecida pela norma penal. Diferentemente do que ocorre com as fraudes praticadas pelos demais meios, nos procedimentos judiciais, cíveis ou penais, a verdade a ser considerada para todos os efeitos jurídicos é decorrente da conjugação de condutas probatórias de ambas as partes, a partir da distribuição de ônus previsto em lei. Logo, não é possível conceber, na via judicial, um agente, em situação de vantagem, tentando extrair um proveito econômico de uma vítima - como pressupõe a normal penal -, mas duas partes litigando em paridade de armas, conforme as regras de um sistema que define o direito aplicável e como definir a versão dos fatos que deve prevalecer.

Portanto, quando uma parte é condenada a arcar com um ganho patrimonial dado à parte contrária em decorrência de a sua narrativa inverídica ter prevalecido, essa decisão não decorre do mero engano do juiz e da parte prejudicada, mas da inércia desta em cumprir com o seu dever processual de produzir provas e de se defender dentro dos diversos meios admissíveis pelo direito. Não se trata de um ato clandestino, mas um procedimento legítimo, conduzido pela autoridade competente, situação na qual cabe às partes se portar com atenção e proatividade, pois estão plenamente cientes do que está em disputa e que, dependendo dos

²¹¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2022. p. 11-12.

atos praticados, uma narrativa inverossímil ou uma decisão considerada injusta pode ser consagrada. Eventuais erros são inerentes a qualquer sistema, cabendo à parte que se sentir prejudicada utilizar-se dos diversos recursos e meios de defesa disponíveis; se não o faz ou se não logrou êxito, não cabe ao direito penal intervir.

Não é sem razão que autores como Amanda Pozzobon chamem a atenção para as semelhanças do processo civil com um jogo de verdade ou consequência, no qual, “como na perspectiva ontológica das partes autointeressadas, a verdade pode integrar o polo estratégico do jogo processual, mas precisa estar sujeita às regras desse jogo”²¹². Em se tratando de um sistema caracterizado pela interação conflitiva de duas ou mais partes, o que cada uma busca é a satisfação dos seus próprios interesses, sendo lícito o uso de estratégias para fazer prevalecer sua versão dos fatos em discussão, aumentando suas chances de êxito.

Nos casos em que a Administração Pública está no polo passivo, é possível assumir uma maior aptidão para defesa no âmbito processual, o que decorre dos seguintes pressupostos: (i) acesso a um grande acervo de informações dos particulares, sobre os mais diversos aspectos da vida em sociedade que se submetem ao registro público; (ii) poder contar com uma grande estrutura de servidores e recursos voltados exclusivamente para a defesa em juízo; (iii) a natureza de direito público das suas demandas faz com que sejam repetitivas e adotem como parâmetro hipóteses legais pré-concebidas, o que permite uma atuação com elevado grau de especialização e experiência prévia; (iv) o fato de estar em disputa o patrimônio público e, possivelmente, direitos indisponíveis, faz com que os julgadores tenham maior cautela para decidir em seu desfavor.

Assim, não é possível conceber o processo como um meio através do qual o Estado-juíz busca a verdade real para aplicar as soluções mais adequadas e justas para os litígios que lhe são trazidos, o que, inclusive, vai de encontro com a natureza dialética da lide, que é delimitada pelas próprias partes a partir de regras legais pré-estabelecidas. É natural que os interesses em jogo sejam contraditórios, sendo o processo o meio designado pelo ordenamento jurídico para decidir se são admissíveis ou não, o que têm como parâmetro os subsídios fornecidos pelas próprias partes “que sustentam seus argumentos jurídicos com base na versão dos fatos que lhes for mais favorável – muitas vezes apelando para enunciados tendenciosos ou até falaciosos”²¹³. É de se destacar, sobretudo quando se trata de direito disponível, que as partes podem alterar as regras do procedimento, inclusive antes da

²¹² POZZOBON, Amanda Gonçalves Benvenuto. **O processo civil como um jogo de verdade ou consequência**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 164

²¹³ *Idem*.

judicialização, para restringir os meios de defesa e de prova, além de poderem condicionar a forma como o feito será conduzido - é o que se insere na noção de negócio jurídico processual consagrado no art. 190 do CPC.²¹⁴

É preciso levar em consideração que uma das maiores problemáticas no direito processual é a definição do que seria a verdade e os meios hábeis a alcançá-la. É assente na doutrina que a verdade não pode ser conhecida de modo inequívoco, mas também não pode ser sumariamente desconsiderada, de modo que, para muitos, mostra-se mais adequado trabalhar com a noção de verossimilhança, a partir dos elementos limitados e imperfeitos que o sujeito cognoscente tem acesso - afinal, “as provas então não reconstroem fatos, muito menos espelham uma realidade absoluta, pelo simples motivo que ela não existe”²¹⁵. Na preleção da citada autora, as coisas e os fatos estão sujeitas à construção, significação e ressignificação pelos sujeitos a partir das suas próprias subjetividades, de modo que não se reconstitui a verdade através dos meios de prova que o processo oferece, mas a verdade é construída a partir do sujeito que a conhece. Dito em outras palavras, a verdade que se forma no âmbito de um processo é uma verdade advinda da argumentação, detentora de um caráter eminentemente dialético, não possuindo necessária relação com o mundo dos fatos (empírico).

Tem-se, assim, que “a verdade do processo é intersubjetiva, ou seja, advém da argumentação retórica que se forma entre as partes e o juiz, para que este, através do melhor argumento, chegue a um consenso definitivo (sentença)”²¹⁶. Nessa perspectiva, a cognição judicial é inteiramente vertida em linguagem, de tal maneira que os fatos, assim como as provas, constituem enunciados sujeitos à argumentação discursiva dentro de um procedimento, levando ao consenso final (sentença). Logo, é manifestamente inadequado admitir a aplicação do tipo penal do estelionato ao âmbito da atividade jurisdicional, tratando-se de perspectiva que reduz sua cognição complexa e dialética à ideia simplista de que uma parte induziu ou manteve outra e o próprio juiz em erro - e o mais grave, tratando o direito constitucional de ação como “artifício”, “ardil” ou “meio fraudulento”.

Outro aspecto relevante que incompatibiliza a sistemática processual com o crime de estelionato é o denominado “ônus da prova”, que se subdivide em dois aspectos, como

²¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 13 abr. 2024.

²¹⁵ DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial**: uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999. p. 429-430.

²¹⁶ *Idem*, p. 433.

explana Vitor Ramos²¹⁷: (i) objetivo, como regra de julgamento diante da existência de dúvida ou não esclarecimento sobre o caso, partindo da premissa de que o magistrado não pode fundamentar a sua decisão com fatos que não lhe foram demonstrados; (ii) subjetivo, como regra de instrução, dirigido às partes como forma de estímulo para trazer provas ao processo, sob pena de que a dúvida ou não esclarecimento sobre os fatos lhe prejudique, partindo da premissa de que a parte onerada deve ser aquela que, a partir de uma regra de experiência adotada pelo legislador, estaria em posse da prova ou em melhores condições de produzi-la. Como se observa, há regras processuais aptas a resolver, juridicamente, se determinada versão dos fatos consiste em “erro” ou “acerto”, não cabendo ao direito penal, mediante um tipo excessivamente aberto como o estelionato, funcionar como instância revisora da jurisdição ordinária ao definir que uma parte enganou outra e obteve vantagem indevida.

Dito de outro modo, a verdade a ser considerada no processo não criminal possui natureza formal, não necessariamente correspondendo à realidade, pois decorre da atuação das partes em condição de paridade de armas. Assim, “se o legislador afirma que a parte tem um ônus de produzir determinada prova, dá ao jurisdicionado duas escolhas lícitas e legítimas: entre produzir a prova, ou não produzir a prova, correndo o risco de sucumbir”²¹⁸. Portanto, se a verdade dos autos não corresponde ao real e alguém se beneficiou de forma indevida, esse é um resultado que, do ponto de vista jurídico e prático, não pode ser imputado criminalmente a um agente, pois decorreu de um procedimento legítimo no qual a parte prejudicada teve as devidas oportunidades de se defender.

Outro fenômeno que não pode ser olvidado é a imprevisibilidade da sentença, pois, como exemplificado por Jose Aurelio de Araujo²¹⁹, dois magistrados, postos para apreciar uma mesma causa, que possui as mesmas partes e as mesmas provas, sendo aplicável o mesmo direito, podem adotar entendimentos jurídicos diversos, o que não pode ser imputado a qualquer das partes - inclusive porque eventuais distorções ou flagrantes equívocos podem ser enfrentados mediante recursos que deslocam a causa para apreciação de outro juízo com competência para reformar a decisão anterior. O Poder Judiciário sempre deve dar uma resposta a todo tipo de demanda, ante os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da vedação à abstenção de proferir um julgamento (*non liquet*). Dessa forma, o juiz deve adotar

²¹⁷ RAMOS, Vitor Lia de Paula. **Ônus da prova no processo civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 45-47.

²¹⁸ *Idem*, p. 82-83.

²¹⁹ ARAÚJO, José Aurélio. **O conhecimento no processo e a coisa julgada**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 289-290.

um raciocínio jurídico que traga subterfúgios para suprimir as dificuldades de julgar sem ter acesso à verdade, ou seja, construir uma noção de verossimilhança.

Por fim, há que se considerar que o procedimento jurisdicional se propõe a dar uma resposta definitiva sobre um determinado conflito, o que se consagra na garantia fundamental da coisa julgada - art. 5º, inciso XXXVI, CF/88. Assim, o exame de veracidade ou não de determinada situação fática deve ser feito de forma exauriente em um procedimento que oferece às partes garantias como a ampla defesa e o contraditório, cuja solução atribuída pelo julgador final, após a interposição de recurso ou o decurso do seu prazo, deve ser imutabilizado para evitar um cenário de insegurança jurídica no meio social, de indefinição e a violação perene do direito. Ou seja, se a questão foi conhecida e julgada na sua plenitude, ofertando todas as oportunidades legais de produção de provas e apresentação de defesa, não há motivos para admitir novo julgamento do mesmo conflito, sob pena de ocorrer a sua indesejável eternização²²⁰.

Nesse sentido, a aplicação do direito penal deve observar a sistemática constitucional de finalização de conflitos, efetivando-se o princípio implícito de fragmentariedade, inclusive porque o direito processual é plenamente apto a apurar ameaças e lesões a direito e promover a devida responsabilização do réu e reparação do dano, bem como dispõe de mecanismos para corrigir seus próprios erros, que podem ser amplamente utilizados pelas partes.

5.2. Atipicidade do estelionato contra a seguridade social no contexto do processo administrativo

A noção de "processo" não é exclusiva do âmbito judicial, pois se refere a uma "atividade dinâmica e voltada a um objetivo compreendido por uma sequência de atos coordenados, em sucessão lógica preestabelecida, com vista a uma determinada finalidade prevista ou previsível"²²¹. Nessa perspectiva, o processo consiste em um juízo: (i) unitário, pois se propõe a analisar um fato de forma global, isto é, não por cada ato isolado, mas o seu conjunto com vistas ao seu resultado; e (ii) de ações múltiplas, pois envolve diversos elementos que podem ter existência e efeitos próprios e uma ou mais relações possíveis entre eles. É dizer, a estrutura lógica que é inerente ao processo judicial, mudando o que deve ser

²²⁰ *Idem*, p. 179.

²²¹ CÉZAR, Eduardo Calmon de Almeida. **Déficit das garantias constitucionais em processo administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 14.

mudado, está presente em outras atuações do Estado, tais como o procedimento adotado para a concessão de um benefício da seguridade social.

Todavia, uma das principais distinções entre os processos judicial e administrativo é que, no primeiro, a condução do procedimento fica a cargo de um terceiro imparcial, desinteressado na causa, cujas decisões inclusive podem desagradar a ambas as partes. Enquanto, no primeiro, Administração e administrado são partes em polos opostos que participam do processo em pé de igualdade, no segundo, a Administração ocupa uma posição de inegável vantagem, pois, mesmo tendo o dever de fazer apenas o que a lei determina, ainda que com certa margem de discricionariedade, assume as funções de interessada e, ao mesmo tempo, órgão que irá conduzir o processo e exarar a decisão.

Como se observa, no processo administrativo, a Administração Pública se encontra em posição de inegável vantagem em relação ao particular, seja pelo seu poder de decisão, seja porque “não há uniformidade dos procedimentos a serem adotados nos processos administrativos pela Administração, sendo livre a escolha no modo a perseguir seus objetivos sem confrontar aos direitos dos administrados”²²². Assim, a Administração não está vinculada a um procedimento rígido, inflexível, tendo, dentro dos parâmetros jurídicos aplicáveis, discricionariedade para impor diligências ou exigências adicionais caso entenda necessário para apuração dos fatos em apreciação.

Uma semelhança essencial entre a atuação do juiz e da Administração Pública é a possibilidade de controle da produção de provas, como prevê os artigos 29 a 49 da Lei nº 9.784/99²²³, podendo produzi-las de ofício ou recusar aquelas requeridas pelo administrado que possuam caráter ilícito ou sejam impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Além disso, as provas produzidas estão sujeitas à sua valoração, havendo margem discricionária para a construção da decisão, desde que a motivação seja idônea. Na cognição administrativa, impera o princípio da busca da verdade real, o que implica dizer que a Administração “ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado”²²⁴.

Independentemente de a cognição de um pleito ser judicial ou administrativa, a valoração das provas é uma atividade dotada de bastante complexidade, pontuando que existem ao menos três maneiras de conceber a força de um enunciado como “está provado que

²²² *Idem*, p. 20.

²²³ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 20 abr. 2024.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 516.

[...]”, a ser completado com uma descrição de fato, como “o requerente está incapacitado para o trabalho”, “[...] está em situação de miserabilidade econômica” ou “[...] tem a agricultura ou a pesca como meio de vida”, requisitos comuns para a concessão de alguns benefícios previdenciários ou assistencial. A esses enunciados, conforme Jordi Ferrer Beltrán²²⁵, dependendo de cada enunciação específica ou de cada instância de uso, podem ser atribuídas as seguintes forças: (i) constitutiva ou performativa, na qual a prova cria no mundo jurídico o fato a ser tomado como referência para todos os efeitos legais em tela, independentemente da sua correspondência com o real; (ii) normativa, na qual a realidade dos fatos, para todos os fins legais colimados, decorre não da prova propriamente dita, mas do significado que as normas jurídicas lhe atribuem aprioristicamente, ou seja, o que se considera verdade decorre de um pressuposto normativo; (iii) descritiva, na qual os fatos a serem considerados para fins legais decorrem de uma verificação com o real, de modo que as provas seriam um meio para a averiguação da verdade externa ao processo, não a constituindo ou fazendo incidir pressuposição legal.

Deve-se chamar atenção para o caráter utópico do que se entende como verdade material, real ou substancial a qual, na prática, mostra-se de alcance inviável ou impossível, “primeiro, em razão do tempo, segundo, por imaginar que a mente humana é sempre um mistério muito difícil de ser desvendado, portanto constata-se que nem uma nem outra podem resolver satisfatoriamente a questão”²²⁶. Assim, solução não resta, mesmo no âmbito do processo administrativo, do que a busca pela maior aproximação da verdade possível dentro de cada realidade concreta, atendendo uma diretriz de aproximação e probabilidade que se denomina como verossimilhança.

A concepção de que o processo administrativo deve se pautar pela verdade material ou substancial o coloca em sintonia com a noção de prova a partir de uma concepção declaratória ou argumentativa, é dizer, conceber as provas como meio para se alcançar a melhor concepção do real viável no caso. Essa, contudo, é uma corrente que merece crítica, como propõe Beclaute Silva²²⁷, ao problematizar colocar a prova como elemento condicionante, mas distinto do fato que ela busca comprovar, o que também implica desprezar a participação do sujeito na definição do que é verdadeiro, haja vista que a verdade é objetiva, está no objeto, colocando-se, assim, como uma categoria ontológica. Ao se tomar uma construção ontológica, percebe-se uma tautologia que torna sem sentido separar prova e fato, pois a

²²⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 20-26.

²²⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1091

²²⁷ SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. **Direito, Processo e Cidadania**, Recife, v. 1, n. 1, p. 175–206, jan./abr. 2022. p. 198-199.

veracidade do segundo dependerá da veracidade do primeiro e vice-versa, de modo que o fato estaria reduzido à prova, que nada lhe acrescenta, sendo um igual ao outro. Mesmo que se adote a perspectiva de prova como argumento, o efeito no plano lógico será o mesmo: tautologia, já que implica identidade.

Diante dessa problemática de se pressupor a correspondência entre prova e verdade, Beclaute Silva propõe uma concepção dialógica entre as perspectivas descritiva e constitutiva, em que a prova seja compreendida como um enunciado que participa da formação do enunciado decisório, especialmente a parcela do enunciado que fixa os antecedentes das normas jurídicas primária e secundária: “se o enunciado pode vir a ser correspondente ou não ao dado do real, se é que isso existe, é um problema do ‘real’”²²⁸. Ou seja, a relação entre prova e fato são relações estabelecidas entre enunciados-prova e enunciados-fato que irão compor a decisão jurídica.

Essa discussão é essencial para compreender que a atuação do administrado para fazer prevalecer, no processo judicial ou administrativo, determinada situação de fato que lhe é favorável para fins de concessão de um benefício financeiro não pode, de plano, pela aplicação acrítica e sumária do artigo 171 do CP, ser considerada criminosa porque se insere em uma legítima sistemática jurídica para a tomada de uma decisão.

Noutra mão, o procedimento adotado pela Administração para a prática de um ato, sobretudo quando envolve a concessão de um benefício financeiro, é cercado de cautelas e precauções de modo a evitar equívocos. Não é à toa que, como expõe Alexandre Aragão²²⁹, a doutrina brasileira atribui aos atos administrativos uma presunção, ainda que relativa, de legalidade e, em decorrência dela, presume-se ainda que, da submissão às diretrizes legais, o conteúdo jurídico do ato é legítimo e os fatos adotados como fundamentos são verdadeiros. Esse princípio é o que embasa a chamada fé-pública, através da qual se assume como verdadeiras as situações fáticas verificadas pelo agente público competente. Assim, é da parte interessada o ônus de demonstrar, mediante provas ou argumentos, que o ato administrativo não é legítimo ou parte de premissa fática equivocada.

Portanto, é nítido que a veracidade e legitimidade dos atos administrativos não deve ser imputada ao particular que demandou a Administração, como se pressupõe no estelionato contra a Seguridade Social, como se fosse possível admitir que a mera alegação de fato do particular fosse suficiente para a prática de um ato administrativo, como se a Administração

²²⁸ *Idem*, p. 201.

²²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012. p. 74-76.

não tivesse o dever legal de apurar e produzir um entendimento a partir dos seus próprios critérios decisórios. Assim, é bastante criticável assumir que convencer a Administração Pública que determinada situação fática é verdadeira possa ser penalmente tratado como manutenção de alguém em erro mediante artifício, ardil, ou outro meio fraudulento. Reitera-se, mais uma vez, que a conduta do administrado pode figurar crime autônomo, como a falsificação de documento público ou particular. Todavia, não sendo esse o caso, a apresentação de requerimento que, dentro dos parâmetros aplicáveis, é aceito pela Administração, consiste em conduta e resultado que não podem ser considerados ilegítimos ou fraudulentos, ao menos para fins penais.

Diante disso, é nítido que o processo administrativo reúne semelhanças suficientes com o processo judicial, notadamente pelo caráter dialético e alta especialização técnico-jurídica para a solução das demandas, para se concluir pela impossibilidade, ao menos como regra geral, de configuração do crime de estelionato quando esse é o meio utilizado, como já admite o STJ:

Esta Corte Superior entende que a figura do estelionato judiciário é atípica pela absoluta impropriedade do meio, uma vez que "**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 (REsp n. 1.101.914/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6/3/2012, DJe de 21/3/2012).²³⁰

Um ponto que merece crítica específica é a possibilidade de o estelionato ser configurado pelo simples fato de induzir ou manter alguém em erro, o que se mostra problemático, sobretudo quando a vítima é a Administração Pública direta ou indireta, pois o direito penal estaria sendo instrumentalizado para impor aos cidadãos uma obrigação de zelo e informação que deveria ser da parte interessada no exercício da sua função legal, o que, no máximo, deveria se inserir no conceito de boa-fé objetiva do direito civil e processual civil. Nessa perspectiva, cita-se o debate doutrinário feito por Gustavo Balmaceda-Hoyos²³¹, a partir do direito chileno, no qual o delito de “estafa” correspondente, mudando o que deve ser mudado, ao de estelionato, caracteriza-se pelo “engano” praticado pelo agente, o que não se confunde com o erro, que não deveria ser relevante para fins de imputação penal apenas pela

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.846.427/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022.

²³¹ BALMACEDA-HOYOS, Gustavo. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 163-220, dez. 2011. p. 211.

falta de diligência da vítima. Assim, não é plausível que o mero erro da vítima conduza à responsabilização criminal, salvo quando produzido, e não apenas mantido, pelo comportamento do agente.

É de se destacar que a Administração Pública possui o poder-dever de controlar a si própria, o que significa, como leciona Hely Lopes Meirelles²³², que o Executivo e os órgãos administrativos dos demais Poderes devem acompanhar e fiscalizar suas próprias atividades, de modo a mantê-las dentro da lei, conforme as necessidades do serviço e as exigências técnicas para a sua realização. Trata-se, portanto, de um controle de legalidade, de conveniência e de eficiência, aspectos que devem ser observados para que a atividade pública possa atingir a sua finalidade, que, *a priori*, consiste no atendimento pleno dos interesses coletivos que estão, por força de lei, a cargo da Administração em geral. Esse controle, para o autor, pode ser: (i) preventivo, fixando formalidades e exames prévios ao ato administrativo, com vistas a garantir sua eficácia e operatividade; (ii) sucessivo, mediante o acompanhamento da formação do ato; e (iii) corretivos, com a retificação dos atos defeituosos ou ilegítimos quando posteriormente se constate essa condição.

O processo administrativo que rege a concessão de benefícios financeiros da seguridade social tem como um dos motes o princípio do devido processo legal, o que, conforme define Gustavo Araújo²³³, pode ser expresso pela máxima “fazer processo como determina a lei”, princípio esse que se relaciona intrinsecamente com o princípio da legalidade; já a lei é fonte imediata dos procedimentos a serem observados. Em uma dimensão prática, esse princípio impõe o dever de seguir as formalidades indispensáveis à tutela dos direitos dos administrados e à proteção dos bens da coletividade, o que, assemelhando-se ao processo judicial, pressupõe ampla defesa, contraditório, direito de petição e de recorrer, publicidade dos atos administrativos, inclusive dos seus fundamentos legais e fático-probatórios.

No processo administrativo, ressalte-se à exaustão, a Administração pública ocupa uma função privilegiada de órgão decisório e, ao mesmo tempo, interessada na decisão, ainda que, formalmente, possa não ser considerada “parte”. Destarte, não estaria vinculada ao entendimento de um terceiro externo, como o Poder Judiciário, podendo fazer a interpretação da legalidade que melhor lhe aprouver, seja ajustando o procedimento, ou construindo o entendimento que entende mais adequado ao caso. Justamente por isso que a pesquisa de

²³² MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus controles. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 114, p. 23-33, out./dez. 1973. p. 25

²³³ ARAUJO, Gustavo Beirão. **Processo administrativo previdenciário: uma análise visando à efetividade**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 31-32.

Gustavo Araújo²³⁴ aponta uma recalcitrância da Administração Pública em seguir entendimentos pacíficos dos tribunais, vinculando-se estreitamente à lei ou a orientações administrativas internas, obrigando o administrado, em muitos casos, a recorrer ao judiciário para fazer valer o seu direito.

Ademais, pelo princípio constitucional-penal da fragmentariedade, o direito administrativo dispõe dos meios necessários para combater eventuais condutas danosas à seguridade social, notadamente diante do princípio da autotutela administrativa, conforme o qual “a Administração tem a possibilidade de rever os seus próprios atos, sejam quando evitados de vícios, utilizando-se da anulação, ou em razão de inconveniência e inoportunidade, via revogação de atos”²³⁵. Por consequência da anulação, ou mesmo da revogação, a Administração Pública tem total capacidade de buscar a reparação do dano ou mesmo a punição do agente, sem a necessidade de intervenção do direito penal, que deve estar adstrita aos casos mais graves de ofensa à ordem jurídica, nos quais, de plano, não se inserem o mero exercício do direito de formular requerimento administrativo fundado em situação fática total ou parcialmente equivocada, sob pena de banalização e hipertrofia do uso do poder punitivo.

²³⁴ ARAUJO, Gustavo Beirão. **Processo administrativo previdenciário: uma análise visando à efetividade**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 190.

²³⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1094.

6. ATIPICIDADE DO ESTELIONATO PELO SAQUE INDEVIDO DO FGTS: UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ²³⁶

O presente capítulo se propõe a analisar a tipicidade do delito de estelionato majorado previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal²³⁷ para os casos em que o trabalhador busca sacar, fora das hipóteses cabíveis, o saldo do FGTS, induzindo ou mantendo em erro o ente público responsável pela sua gestão, a Caixa Econômica Federal, falseando a realidade, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Analisa-se, de modo crítico, a jurisprudência do STJ sobre o tema, pela sua condição de órgão jurisdicional responsável pela uniformização da interpretação da lei federal e por fixar parâmetros hermenêuticos para a tomada da decisão por parte dos juízos de primeiro e segundo grau em todo o Brasil.

Em relação à tipicidade formal, problematiza-se a adequação entre o saque indevido do saldo do FGTS e o estelionato a partir da configuração da chamada “vantagem ilícita” e do “prejuízo alheio” decorrentes da conduta, na condição de elementos constitutivos do tipo penal, sem os quais não seria possível imputar ao agente o delito de estelionato.

Por outro lado, ainda que se repute configurada a tipicidade formal desse tipo de conduta, debate-se acerca da possibilidade de se entender pela atipicidade material, em decorrência da aplicação do princípio da intervenção mínima do direito penal, questionando-se a imprescindibilidade desse ramo do direito para preservar ou restaurar a ordem jurídica nesses casos.

6.1 Aspectos jurídicos e administrativos do FGTS: publicização do patrimônio privado

O FGTS, regido pela Lei nº 8.036/90²³⁸, é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere a citada lei e outros recursos a ele incorporados, sendo regido por normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador, o qual se compõe por representação

²³⁶ Primeira versão do capítulo publicada em: Lima, Alberto Jorge Correia de Barros; Rego, Martin Ramalho de Freitas Leão (Org.). **Ciências Criminais e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Fernando Lima Souza**. Maceió: Escola Superior de Magistratura de Alagoas, 2023.

²³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²³⁸ BRASIL. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo.

Por sua vez, nos termos do art. 7º da referida lei de regência, cabe à Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas vinculadas e participar da rede arrecadadora dos recursos desse Fundo. Tais contas têm como beneficiários trabalhadores, cujos empregadores possuem a obrigação legal de depositar mensalmente o valor correspondente a 8% (oito por cento) do seu salário²³⁹.

Na conceituação jurídica e administrativa do FGTS, deve-se ter como norte que a sua criação teve um matiz primordialmente individual, com a finalidade majoritária de estruturar um lastro ao pagamento de indenização por tempo de serviço, proporcionando a garantia de recebimento de valores pelo trabalhador²⁴⁰.

Para Nelson e Correia²⁴¹, não remanescem dúvidas sobre o FGTS ser um dos direitos fundamentais do trabalhador, assim consagrado na Constituição Federal de 1988, devendo a sua gestão ser tratada pelo viés da lógica jurídica, não podendo ser comprometida em face de fatores econômicos, sob pena de desvirtuar a função do direito e, casuisticamente, alijar milhares de trabalhadores do efetivo acesso a um instrumento que preserve, de maneira adequada, a sua propriedade, esta refletida, na hipótese, nos valores monetários depositados a esse título, o qual se constitui num verdadeiro salário diferido.

Em termos práticos, consiste em uma conta pessoal do trabalhador (poupança forçada) com o objetivo de lhe conferir uma efetiva segurança financeira, garantindo-lhe uma melhor condição social em caso de demissão sem justa causa, entre outras hipóteses, podendo ainda ser aplicado no financiamento para aquisição da casa própria, a custo subsidiado, pelo trabalhador²⁴². Defende o citado autor que casos como este último, em que verbas do FGTS são utilizadas para implementação de programas governamentais, inserem-se em um objetivo secundário e, como tal, não podem ser banalizados ou ser tratados como regra.

Não há controvérsias sobre os valores depositados nas contas vinculadas ao FGTS pertencer ou não aos trabalhadores titulares, tanto que a própria Caixa Econômica Federal assim informa no sítio institucional exclusivo para o Fundo:

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ JANTALIA, Fabiano. **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. São Paulo: LTr, 2008. p. 48.

²⁴¹ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; CORREIA, Marcos Vasconcelos. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) - em busca da correção "justa". **Revista de la Facultad de Ciencias Económicas**, Corrientes (Argentina), n. 14, p. 146 - 163, jun. 2015. p. p. 161.

²⁴² FRIEDE, Reis. A Verdade Oculta na Utilização dos Recursos do FGTS pelo Estado. **Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)**. Fortaleza, v. 17, n. 1, p.151-171, jan./jun. 2019. p. 169.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado com o objetivo de proteger o trabalhador demitido sem justa causa, mediante a abertura de uma conta vinculada ao contrato de trabalho.

No início de cada mês, os empregadores depositam em contas abertas na Caixa, em nome dos empregados, o valor correspondente a 8% do salário de cada funcionário.

O FGTS é constituído pelo total desses depósitos mensais **e os valores pertencem aos empregados** que, em algumas situações, podem dispor do total depositado em seus nomes.

[...]

Com o FGTS, **o trabalhador tem a oportunidade de formar um patrimônio**, que pode ser sacado em momentos especiais, como o da aquisição da casa própria ou da aposentadoria e em situações de dificuldades, que podem ocorrer com a demissão sem justa causa ou em caso de algumas doenças graves.

O trabalhador pode utilizar os recursos do FGTS para a moradia nos casos de aquisição de imóvel novo ou usado, construção, liquidação ou amortização de dívida vinculada a contrato de financiamento habitacional.

Assim, o FGTS tornou-se uma das mais importantes fontes de financiamento habitacional, beneficiando o cidadão brasileiro, principalmente o de menor renda.

A importância dos recursos do Fundo para o desenvolvimento do país ultrapassa os benefícios da moradia digna, pois financiam, também, obras de saneamento e infraestrutura, gerando melhorias na qualidade de vida, ao proporcionar água de qualidade, coleta e tratamento do esgoto sanitário.

O FGTS tem sido a maior fonte de recursos para a Habitação Popular e o Saneamento Básico²⁴³.

Ainda assim, após sucessivas alterações legislativas, a destinação dos recursos do Fundo passou a ser aplicada em programas governamentais nas mais diversas áreas como se recursos públicos fossem, conforme prevê a redação mais recente do art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.036/90: habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana, operações de microcrédito e operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuem com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar, desde que as disponibilidades financeiras sejam mantidas em volume que satisfaça às condições de liquidez e de remuneração mínima necessárias à preservação do poder aquisitivo da moeda²⁴⁴.

O FGTS, para Reis Friede²⁴⁵, objetiva, sobretudo, proteger o trabalhador contra a demissão sem justa causa, em que pese tais recursos terem, ao longo dos anos, sido constantemente direcionados a programas sociais do governo, em particular, na aquisição da

²⁴³ BRASIL. **O que é o FGTS?**. Caixa Econômica Federal. Disponível em: <<https://www.fgts.gov.br/Pages/sou-empregador/o-que.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2023. grifos nossos.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁴⁵ FRIEDE, Reis. A Verdade Oculta na Utilização dos Recursos do FGTS pelo Estado. **Themis**: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Fortaleza, v. 17, n. 1, p.151-171, jan./jun. 2019. p. 151.

casa própria, através de programas habitacionais. Algo que, para o autor, representa um flagrante desvio de finalidade, ofendendo direitos constitucionais do trabalhador.

É dizer, a utilização de tais recursos pelo Estado brasileiro para o financiamento de programas governamentais viola o princípio da moralidade administrativa, não raramente implicando no uso eleitoral do patrimônio do trabalhador em obras públicas que deveriam ser custeadas pela arrecadação tributária²⁴⁶. Assim, o autor denuncia a primazia conferida a um objetivo nitidamente secundário, em prejuízo da adoção de providências para garantir o poder aquisitivo dos depósitos fundiários, bem como fiscalizar a observância das regras legais destinadas à formação da denominada “poupança forçada”.

Na prática, explana Ivogleuma de Souza²⁴⁷, o trabalhador, titular dos valores e destinatário do Fundo, não tem um amplo poder de escolha sobre a sua própria poupança, sequer podendo escolher, livremente, o momento em que poderia dispor dos valores depositados, quedando-se limitado às hipóteses de saque estipuladas pela Lei. Em países próximos, como no Chile, o trabalhador pode inclusive escolher a instituição financeira onde será aplicado o seu recurso equivalente ao FGTS.

A economista Renata Sena²⁴⁸ fez uma análise de diversas propostas de liberalização do uso dos recursos do FGTS, para que os titulares das contas possam administrá-los, função que é exercida pelo governo federal por meio da CEF. No entanto, dentre os principais contrapontos a tais iniciativas, está o fato de que o Fundo ainda é um dos principais instrumentos de captação de recursos (*funding*) da economia e, em razão disso, as possibilidades de mudanças devem ser consideradas de forma muito cuidadosa. O FGTS, além de uma importante fonte de recursos para o financiamento da habitação, saneamento e infra-estrutura, também auxilia, em momentos de crise, no fomento a investimentos via CEF e, em alguns casos, pelo BNDES. Desse modo, qualquer sugestão de desvinculação de recursos a este Fundo é limitada, mesmo considerando que a liberalização com vistas a uma maior remuneração seja melhor para o trabalhador, a eliminação da função de *funding* ou o encarecimento dos financiamentos pode gerar problemas para o setor de infraestrutura²⁴⁹.

²⁴⁶ *Idem*, p. 157.

²⁴⁷ SOUZA, Ivogleuma Silva de. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e suas peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro. **Themis**: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Fortaleza, v. 13, p. 85-108, set. 2016. p. 105.

²⁴⁸ SENA, Renata Moura. **FGTS**: Análise das Propostas de Flexibilização. Dissertação (Mestrado em Economia Política) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 109.

²⁴⁹ *Idem*, p. 113.

Outro aspecto que chama atenção na administração do FGTS é que os frutos dos valores depositados, em sua maior parte, são revertidos em favor do próprio Estado e não dos trabalhadores, conforme demonstra reportagem do jornal o Globo, de Nice de Paula:

Se fosse uma empresa, teria registrado o segundo maior lucro do país no ano passado, R\$ 14,3 bilhões, menor apenas do que os R\$ 21,8 bilhões da Petrobras. Mas como é uma poupança do trabalhador, paga pelos patrões e administrada pelo governo, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) exhibe um resultado bastante incomum em seu balanço: em meio a uma série de números positivos, o único a perder dinheiro é o trabalhador, que é o dono do patrimônio.

Entre 2002 e 2012, o lucro do FGTS deu um salto de dez vezes (938%) e o patrimônio líquido — dinheiro que o governo usa para investir em infraestrutura — cresceu 433%. O valor recebido pela Caixa para administrar as contas subiu 274% e chegou a R\$ 3,3 bilhões no ano passado, e o total depositado aumentou 142%. Já o valor total dos juros e da correção monetária creditados nas contas dos trabalhadores ficou em R\$ 8,2 bilhões em 2012, uma alta de apenas 19% na comparação com 2002. E o rendimento das contas nesses 11 anos foi de só 69,15%, bem abaixo da inflação acumulada no período medida pelo INPC (103%), revela estudo inédito elaborado pelo Instituto FGTS Fácil.

— Enquanto o Fundo vai muito bem obrigado, o trabalhador está muito mal, porque, ao não receber nem a atualização monetária, o dinheiro diminui. Não questiono as funções sociais do FGTS, mas se mesmo com isso, com as doações para o Minha Casa, Minha Vida, o Fundo dá lucro, por que o trabalhador precisa ter prejuízo? O governo está ganhando dinheiro com o Fundo, a Caixa ganha, com saldo menor os empresários pagam menos multa. Só o trabalhador perde — diz Mario Avelino, presidente do FGTS Fácil.²⁵⁰

Diante de uma gestão que privilegia a destinação desses recursos a políticas públicas em detrimento do interesse dos seus titulares, não são raros os expertos que defendem “uma reavaliação ou extinção dessa poupança compulsória que não mais se justifica tendo em vista a grande gama de oportunidades de investimentos que os trabalhadores têm a sua disposição atualmente”²⁵¹.

A sistemática do FGTS revela-se complexa, partindo de um objetivo inicial de reunir capital para resguardar trabalhadores para situações de necessidade, até uma instrumentalização para projetos governamentais dos quais se infere relevância social, embora passíveis de questionamentos. Concretamente, o que se revela é que valores juridicamente pertencentes a trabalhadores assumem, pela via administrativa, a função de verba pública da qual se presume alta relevância social.

²⁵⁰ PAULA, Nice de. **Perdas bilionárias no FGTS**. O Globo, 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/perdas-bilionarias-no-fgts-10351150#ixzz3tqouCUWM>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁵¹ RODRIGUES, Amanda Maíra. **FGTS: afinal interessa a quem? assimetrias funcionais à luz de sua origem, correção e destinação**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016. p. 131.

Sem prejuízo da destinação de tais valores para projetos governamentais, inclusive por expressa previsão legal, mostra-se imprescindível ressaltar o seu caráter privado, sobretudo para fins de tutela penal.

6.2. A tutela penal sobre as regras de saque do FGTS pelo trabalhador: atipicidade formal do delito de estelionato

Em se tratando de uma poupança forçada, o saque dos valores depositados em contas vinculadas ao FGTS é condicionado às hipóteses legais previstas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, conforme se põe, de modo breve: despedida sem justa causa; extinção do contrato de trabalho; extinção da empresa empregadora; aposentadoria; falecimento do trabalhador; financiamento habitacional/imobiliário; permanência fora do FGTS três anos; acometimento por neoplasia maligna, HIV, doença rara ou doença grave e em estágio terminal; alcance dos setenta anos; necessidade por desastre natural; integralização de cotas do FI-FGTS; necessidade de órtese ou prótese²⁵².

Nesse contexto, quando o trabalhador falseia a realidade, induzindo ou mantendo em erro a Caixa Econômica Federal, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento para sacar o saldo do FGTS fora das hipóteses legais, os Tribunais Regionais Federais (TRFs) têm qualificado essa conduta como o delito de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal, com pena majorada, nos termos do § 3º, por ser cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência²⁵³.

A respeito desse tema, o STJ, corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, tem ratificado a postura dos TRFs, firmando jurisprudência no sentido de que tal tipificação é plenamente viável. Para representar esse entendimento, citam-se, respectivamente, ementas de julgados da Quinta e Sexta Turma e da Terceira Seção do STJ, órgãos colegiados responsáveis pela apreciação das demandas de matéria criminal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SAQUE ANTECIPADO E FRAUDULENTO DE SALDO DE CONTAS DE FGTS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A

²⁵² BRASIL. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁵³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA N. 83/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A decisão impugnada, que manteve acórdão do Tribunal de origem, encontra-se alinhada ao **entendimento pacificado neste STJ de que, conquanto o dinheiro sacado das contas de FGTS não seja de propriedade da Caixa Econômica Federal, não há dúvida de que a sua retirada fraudulenta, de modo antecipado, causa, sim, dano à mencionada empresa pública, que é a responsável por gerir as quantias, que são vinculadas a programas sociais, cuja implementação fica comprometida, configurando tal conduta o delito tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal.**

2. Aplicação da Súmula n. 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 3. Como dito pelo Tribunal de origem, **não há que se falar em abolitio criminis, pois a Lei n. 13.446/2017 somente ampliou as possibilidades de saque das contas vinculadas ao FGTS referentes à contratos de trabalho extintos até 2015.**

4. Agravo regimental desprovido²⁵⁴.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 171, § 3º, C/C O ART. 29 DO CP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SAQUES FRAUDULENTOS DE FGTS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. VALOR INFERIOR A DEZ MIL REAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 7 E 24/STJ. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. STF.

1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. **No delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, não se aplica o princípio da insignificância para o trancamento da ação penal, uma vez que a conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, bem como é altamente reprovável.**

3. **Alega-se que se faz ausente um dos elementos constituidores do crime de estelionato, a saber, o prejuízo alheio; todavia, apesar de a ré ter sacado valores de sua própria conta, a origem dos recursos é fraudulenta (falsidade em atestado médico para saques indevidos no FGTS), a configurar o delito descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal.**

4. Na via especial, a ausência de provas para condenação atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido²⁵⁵.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. SAQUE DE PIS E FGTS. APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS FALSOS. DEPÓSITOS SOB A GUARDA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Destinam-se os embargos de declaração a sanar ambiguidade, aclarar obscuridade, dirimir contradição ou suprir omissão (art. 619 do CPP).

2. A obtenção de efeitos infringentes somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um desses defeitos, a alteração do julgado

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 1.441.188/SC. Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 23/8/2019.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.363.750/RS. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/8/2014, DJe de 19/8/2014.

seja consequência inafastável de sua correção, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado.

3. No caso, sanada a omissão, concluiu-se pela competência da Justiça Federal, porquanto as condutas investigadas - **utilização de documentos falsos para a liberação de cota do PIS e do FGTS na Caixa Econômica Federal - indicam eventual ofensa a interesses e serviços da União.**

4. Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão e, conseqüentemente, atribuir-lhes efeito modificativo a fim de declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo²⁵⁶.

Para além de induzir e manter a vítima em erro ou engano, o estelionato pressupõe ainda a obtenção, para si ou para outrem, de “vantagem ilícita” em “prejuízo alheio”, tratando-se de elementos sem os quais o fato não seria formalmente típico²⁵⁷. Da leitura dos acórdãos acima, a Corte da Cidadania reputa a presença da “vantagem ilícita” pelo o saque ser fraudulento e de forma antecipada, ao passo que o “prejuízo alheio” estaria configurado pela interferência na gerência das quantias que estavam à disposição do Poder Público e pelo comprometimento de programas sociais com elas financiados.

Nesse sentido, a tipicidade mostra-se um conceito-chave para analisar a referida criminalização, não desenvolvendo um papel meramente formal, mas, consistindo no suporte através do qual o direito penal se ampara para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição, para a extração do seu conteúdo, da sua substância²⁵⁸. Conforme o citado autor, trata-se de perquirir a correspondência entre uma ação que se dá historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob a ameaça de uma sanção penal, em uma lei.

É possível, por outro lado, que o meio utilizado para falsear a realidade constitua tipos penais autônomos, como falsidade ideológica ou falsificação de documento particular previstos, respectivamente, nos artigos 299 e 298 do Código Penal²⁵⁹. Algo que, todavia, foge ao escopo do presente trabalho.

Nas condutas aqui analisadas, a ilegalidade consiste na inobservância das hipóteses legais para a realização do saque do FGTS, pois o saque em si não é ilícito, já que os valores pertencem ao agente. Trata-se da antecipação de um direito certo, pois em algum momento

²⁵⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgRg no CC n. 98.778/SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/8/2011, DJe de 2/9/2011.

²⁵⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁵⁸ BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Sequência**: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 35, n. 38, p. 59-89, jun. 2014. p. 66.

²⁵⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

futuro o saque será devido, já que certas hipóteses são de ocorrência inevitável, como o trabalhador atingir a idade de setenta anos ou falecer - nos termos do art. 20, incisos IV e XV da Lei nº 8.036/90²⁶⁰.

Nesse sentido, mostra-se bastante problemático conceber a presença da “vantagem ilícita”, como elemento constitutivo do tipo descrito no art. 171 do Código Penal. Como demonstrado, a ilicitude não recai sobre a vantagem obtida, mas sim no meio pelo qual foi alcançada. Ainda que se diga que a vantagem é ilícita por ter sido alcançada antes do tempo previsto em lei, deve-se ter em vista que o estelionato é um tipo, não à toa, situado no Título II do Código Penal, que tipifica os crimes contra o patrimônio²⁶¹.

Sem embargo, a interpretação do tipo penal deve ocorrer em consonância com o título e o capítulo no qual estão inseridos, afinal, não se pode “analisar os tipos penais isoladamente, como se fossem estrelas perdidas, afastadas de qualquer constelação”²⁶². Ou seja, é imprescindível valer-se da chamada interpretação sistêmica, através da qual o intérprete procura entender o significado do texto legal à luz do contexto em que se encontra inserido na codificação.

Conforme explana Luciano Souza²⁶³, os crimes constantes do Título II do Código Penal referem-se à defesa do “patrimônio” e da “propriedade”, o que quer dizer que esse rol de tipos penais estaria atrelado à proteção de coisas com valor econômico - patrimônio em sentido estrito - ou simplesmente ao domínio pleno sobre as coisas - propriedade ou patrimônio em sentido amplo. Tal mote vincula a configuração da tipicidade inclusive dos delitos que não especificam o prejuízo decorrente da ação do agente, como o estelionato.

No caso do FGTS, o patrimônio em posse do Poder Público, por meio da Caixa Econômica Federal, pertence ao próprio trabalhador que tenta acessá-lo de forma antecipada. O direito que assiste ao ente público é apenas o de administrá-lo e dele usufruir, não havendo que se falar em afetação à sua propriedade, mas apenas um domínio precário, temporário, o que não se confunde com direito patrimonial. Em que pese o caráter *sui generis* do FGTS, não cabe ao intérprete inseri-lo em outra categoria, com vistas a tutelá-lo pelo direito penal a despeito da devida tipicidade formal.

²⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁶² GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal. 14. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. p. 1387.

²⁶³ SOUZA, Luciano Anderson. **Direito Penal**: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 11.

A análise do instituto do estelionato enseja a inafastável conclusão genérica de que se trata de delito de natureza patrimonial e, como tal, faz-se forçoso concluir que a “sua precisa exegese deve situá-lo nesse subsistema próprio de proteção ao patrimônio, com vistas a sua escorreita aplicação e até para estabelecimento de cortes críticos de viés político-criminal”²⁶⁴.

Resta claro que o bem jurídico que se busca resguardar com o crime de estelionato é o patrimônio, ou seja, o “domínio pleno” sobre as coisas, o que não se confunde com meras formalidades administrativas para a manutenção da propriedade do agente temporariamente sob a custódia de outrem, ainda que por força de lei.

Se o estelionato é um delito em que o bem jurídico violado é o patrimônio, não há como deixar de concluir que “a vítima deverá ser o titular do patrimônio atingido”²⁶⁵. Ainda que seja possível que a pessoa enganada ou mantida em erro pelo autor seja diversa daquela que sofre a ofensa patrimonial, mostra-se, de plano, teratológico conceber o crime de estelionato com o fito de obter o próprio patrimônio. Ainda que tal ato represente ofensa à moralidade, interesse público ou normais legais não penais, nada disso justifica a tipificação como estelionato por extensão, ou analogia em prejuízo do agente (*in malam partem*), ainda que não declarada.

No caso do saque indevido do FGTS, mostra-se inequívoco que a Corte da Cidadania, valendo-se da discricionariedade judicial, interpretou extensivamente a lei penal incriminadora de maneira contrária ao réu, algo que, ainda que a pretexto de adaptá-la ao seu verdadeiro sentido ou finalidade, é manifestamente inadmissível²⁶⁶.

Conforme Luís Brodt²⁶⁷, mesmo que as palavras tenham sentido dúbio ou vago, sempre há um conteúdo mínimo, obtido a partir de seu sentido literal. Em havendo dúvida a partir do próprio sentido literal dos vocábulos, há que prevalecer aquele que mais se aproximar do sentido vulgar ou comum, isto é, aquele que é verdadeiramente compreendido pela maioria das pessoas. De outra forma não seria possível a comunicação por meio de palavras.

Em uma interpretação literal, “vantagem ilícita” não é o mesmo que vantagem lícita obtida por meio ilícito ou de forma antecipada. A ocorrência da hipótese legal para o saque do FGTS não constitui o direito de propriedade do agente sobre os valores depositados, apenas

²⁶⁴ *Idem*, p. 144.

²⁶⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial 1: artigo 121 ao artigo 234 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 2014. p. 546.

²⁶⁶ BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da norma penal incriminadora. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal** – UFRGS, v. 3, n. 1/2, p. 23-38, nov. 2015. p. 36.

²⁶⁷ *Idem*, p. 37.

autoriza o seu exercício na esfera administrativa. Da mesma forma, a ofensa ao direito à propriedade não se confunde com o desrespeito ao meio pelo qual esse direito, já constituído, pode ser exercido - o que representaria um desvio à literalidade da lei penal.

Por seu turno, o “prejuízo alheio” não pode ser tratado como conceito de amplitude máxima e irrestrita, devendo ser interpretado em estrita observância ao bem jurídico tutelado pela norma penal, repita-se à exaustão, o “patrimônio”. O próprio STJ, nos precedentes citados, admite expressamente que o patrimônio afetado pela conduta pertence ao próprio agente, de modo que o prejuízo do ente público seria apenas a impossibilidade de administrá-lo como bem o entender.

Ainda que o tipo penal em apreço, o estelionato, possa ser concebido como aberto e que os conceitos de “prejuízo alheio” e “vantagem ilícita” possam ter significação ampla, a sua aplicação não pode ser dissociada de uma limitação, a partir de uma noção linguística extraída do texto. Do contrário, tem-se que a concepção de “uma descrição penal que torna infundáveis as possibilidades, sem qualquer limitação ao poder de punir, não se trata de um tipo aberto, mas de verdadeiro não-tipo”²⁶⁸.

A esse respeito, cumpre destacar que os enunciados legais-normativos incriminadores não devem ser concebidos como enunciados deônticos, mas enunciados descritivos ordinários²⁶⁹. Não cabe ao intérprete valer-se de tais enunciados para construir, no caso concreto, um juízo de reprovação sobre determinada conduta, mas tão somente verificar, de forma analítica, a correspondência entre o ato e a descrição legal.

O julgador, em matéria criminal, deve observar estritamente a tipicidade como “juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento proibido pela lei penal”²⁷⁰, sendo-lhe manifestamente defeso inovar no modelo comportamental literalmente delineado na legislação.

Ainda que seja assente na teoria do direito penal a perspectiva segundo a qual as normas possuem uma função de influir no comportamento dos cidadãos, é certo que essa função ostenta caráter secundário, não devendo ser objeto de apreciação nem influenciar a decisão do juiz quando da aferição da tipicidade do fato²⁷¹. A norma como expectativa de uma

²⁶⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 40.

²⁶⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Normas y acciones en Derecho penal**. Buenos Aires, Hammurabi, 2003. p. 19.

²⁷⁰ BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Sequência**: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 35, n. 38, p. 59-89, jun. 2014. p. 60.

²⁷¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Normas y acciones en Derecho penal**. Buenos Aires, Hammurabi, 2003. p. 21.

conduta institucionalizada não pode ser utilizada como mote para justificar a extrapolação dos limites semânticos do texto legal.

Nesse sentido, a jurisprudência construída pela Corte da Cidadania explora substancialmente o caráter retórico do princípio da legalidade, o que, segundo Rosa da Cunha²⁷², implica, na prática, que o tipo penal não garante que a lei escrita seja a única fonte de incriminação e de fixação de penas; não evita o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras; e não impede a criação de normas penais inseridas em linguagem vaga e indeterminada.

Conforme Jader Marques²⁷³, a partir de uma análise dos modos pelos quais são constituídos os sentidos da lei penal, põe-se em xeque os princípios e as teorias estruturantes do pensamento dogmático, bem como revela que a doutrina e jurisprudência são é uma imensa fábrica de argumentos retóricos e, na perspectiva do princípios da legalidade e da taxatividade, demonstra que os mesmos não possuem a eficácia política, hermenêutica e sistemática apresentada pela dogmática.

Assim, a defesa da tipicidade mostra-se constantemente necessária para se garantir a preservação do “compromisso dos órgãos do Estado de tornarem a lei penal escrita a única fonte de incriminações e penas (*nullum crimen nulla poena, sine lege*)”²⁷⁴.

Não é viável atribuir ao Poder Judiciário o papel de tentar enfrentar problemas da sociedade através de buscas de soluções para além do que está posto no direito positivo, algo que, sobretudo em matéria penal, deve ser visto com máxima cautela²⁷⁵. O magistrado é, em essência, um profissional com formação técnica em direito, de modo que a sua compreensão subjetiva do mundo exterior é tão falível quanto a de qualquer integrante da sociedade. O texto legal que fixa um tipo penal, como resultado da convergência de vontades dos autênticos representantes do povo, não pode ser concebido de forma extensiva, sob pena de se admitir a ilegítima criminalização decorrente exclusivamente da vontade do aplicador do direito.

A coordenação de condutas subjetivas não goza de papel privilegiado, de modo que as normas penais, para serem racionais, devem vir acompanhadas do esforço de adesão voluntária. De tal maneira, tem-se que “a racionalidade da legislação cobra muito da democracia, a fim de que as normas não sejam produtos de um grupo privilegiado, no caso, os

²⁷² CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 17.

²⁷³ MARQUES, Jader. **Leitura hermenêutica da tipicidade penal**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós- Graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2012. p. 71.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 21-22.

"detentores da moral"²⁷⁶. Concebendo-se a norma como algo distinto do texto legal, o produto da cognição de quem interpreta, é dever dos magistrados policiar-se para que a decisão, sobretudo condenatória, reflita, com fidelidade, a escolha do legislador, e não a concepção de mundo do seu grupo social.

6.3. Intervenção mínima do direito penal em questões administrativas: atipicidade material do delito de estelionato

Na situação analisada, a jurisprudência firmada pelo STJ representa o emprego simbólico-populista do controle penal, o que é bastante criticável, ainda que sob a justificativa da promoção dos direitos fundamentais e do interesse público (rendimento do teorema do bem jurídico), o que bem pode expressar (de forma manipulada) a defesa de meros interesses dos grupos dominantes²⁷⁷. Logo, conforme os referidos autores, a racionalidade do Direito Penal exige uma postura de humildade por parte do jurista que, como aplicador das leis que é, deve reconhecer o quão pouco ele pode controlar o comportamento humano e promover políticas públicas.

O debate aqui desenvolvido perpassa pela difícil distinção entre fraude civil e fraude penal, de modo que, conforme explana Luciano Souza²⁷⁸, o critério adotado acaba sendo de natureza político-criminal, notadamente em observância do princípio da intervenção mínima, devendo ser configurada a fraude penal apenas para os ataques fraudulentos ao patrimônio verdadeiramente graves.

Assim, verifica-se, de plano, que a tese jurídica adotada pela Corte da Cidadania gera uma criminalização prescindível à luz de princípios penais como a subsidiariedade ou intervenção mínima, segundo o qual o direito penal deve ser utilizado “em último caso, como *ultima ratio*, em que não sejam suficientes outros procedimentos para preservar ou restaurar a ordem jurídica”²⁷⁹.

Nesse aspecto, o entendimento jurisprudencial firmado expressa um forte traço da contemporaneidade, a tendência de hipertrofia do direito penal com a responsabilização

²⁷⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p. 67.

²⁷⁷ *Idem*, p. 68.

²⁷⁸ SOUZA, Luciano Anderson. **Direito Penal**: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 116.

²⁷⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

pessoal pelo risco, no sentido de “transformar o *Unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *Unrecht* (injusto)”²⁸⁰. Dito de outro forma, a instrumentalização das normas penais incriminadoras para dissuadir trabalhadores a obter acesso, fora das hipóteses estipuladas, ao seu próprio patrimônio, em prejuízo do interesse de um banco público, gerido pelo grupo político detentor do poder.

Para Sanchez²⁸¹, a natureza econômica de delitos como o estelionato deveria tornar a sua reprovação social mais associada às consequências do crime para a vítima do que ao ato em si. Tanto que, na avaliação do autor espanhol, nos casos de estelionato e de outras fraudes contra seguradoras particulares, por exemplo, a maioria dos casos é mantida na esfera contratual privada, como forma de obter a reparação do dano sem grandes desgastes da imagem da instituição.

Quanto ao bem jurídico afetado, há “um consenso fundamental de base quanto à definição de bem jurídico. Todas as afirmações sublinham o carácter de essencialidade dos bens para a existência humana em comunidade”²⁸². Nesse bojo, é de se destacar que o FGTS foi criado e continua sendo justificado pela função de assistir, amparar trabalhadores em momentos de necessidade.

Noutro giro, o estelionato se constrói como tipo penal excessivamente abrangente, bastando apenas haver um engano provocado dolosamente do qual decorre alguma vantagem ilícita²⁸³. Justamente por isso é preciso primar por uma visão racional do direito penal, concebendo a configuração da tipicidade para além dos elementos formais, buscando isentar o agente de responsabilidade quando, pelas circunstâncias concretas, se verificar que não justifica o uso do poder punitivo - sobretudo quando os prejuízos decorrentes dos ilícitos podem ser resolvidos no âmbito da responsabilidade civil.

Sob essa ótica, cita-se o caso análogo da Austrália, em que a taxa de processos por fraude na previdência social caiu em mais de 70% desde 2010, algo que se atribui à reformulação dos objetos de acusação pelos funcionários responsáveis. Ou seja, houve uma estratégia de redirecionamento para os casos de maior relevância criminosa, que, de um lado,

²⁸⁰ SÁNCHEZ, J.-M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56-57.

²⁸¹ SÁNCHEZ, J.-M. S. La estafa de seguro: criminología, dogmática y política criminal. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 32, p. 329-359, 1987. p. 331-332.

²⁸² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 83.

²⁸³ MUÑOZ, Nuria Pastor. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. **Doctrina y jurisprudencia penal**, Santiago, v. 1, n. 1, p. 43-64, 2010.

permitiu um combate mais eficaz aos delitos que causam maior prejuízo financeiro e, de outro, mitigou a chamada “criminalização do bem-estar”²⁸⁴.

Reitera-se que a concepção de que as verbas do FGTS devem estar à inteira disposição da entidade pública competente para a implementação de programas governamentais representa uma indevida hipertrofia de uma função secundária do programa. Conforme defendido exaustivamente por Friede²⁸⁵, cuida-se de uma utilização indevida, pelo Estado, de valores que não lhe pertencem, ao arrepio da necessária autorização do trabalhador titular da conta bancária onde estão depositados.

Todos esses elementos permitem aperfeiçoar a atual concepção sobre as políticas criminais voltadas aos ilícitos cometidos contra o FGTS, buscando concretizar os princípios constitucionais da subsidiariedade ou intervenção mínima, o que implica “enxergar a resposta penal como a última possibilidade do ordenamento jurídico”²⁸⁶. Isto é, subsidiar um necessário esforço no sentido da descriminalização.

²⁸⁴ WILCOCK, Scarlet. (De-)Criminalizing Welfare? The Rise and Fall of Social Security Fraud Prosecutions in Australia. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 59, n. 6, p. 1498–1519m nov. 2019. p. 1498.

²⁸⁵ FRIEDE, Reis. A Verdade Oculta na Utilização dos Recursos do FGTS pelo Estado. **Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)**. Fortaleza, v. 17, n. 1, p.151-171, jan./jun. 2019. p. 169.

²⁸⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, a presente pesquisa toma como ponto de partida os estudos de Edwin Sutherland sobre os “crimes de colarinho branco”, conceito por ele adotado em meados de 1940 para descrever os delitos cometidos por pessoas de condição socioeconômica privilegiada. Trata-se de uma escolha epistemológica feita com a clara intenção de desconstruir o paradigma então vigente que associava grande parte da criminalidade à pobreza, inclusive por razões patológicas, ignorando os delitos de ordem econômica perpetrados por integrantes da elite.

A própria nomenclatura adotada, “crimes do colarinho branco”, indica que se trata de rol de crimes selecionados, sobretudo, pela condição social dos seus agentes. Como visto, para Sutherland, esse conceito indica tanto um crime cometido por um tipo específico de pessoa (de classe alta) como um tipo específico de crime (de natureza econômica, cometido com expertise técnica).

Apesar do longo tempo transcorrido, mostra-se devido manter o conceito inicial de Sutherland, rejeitando-se as propostas de (i) que os crimes de colarinho branco devem ser concebidos apenas como um crime cometido por pessoas de condição social privilegiada, pois aí estariam incluídos delitos cometidos com violência ou grave ameaça e de natureza não patrimonial, o que inutiliza a categoria para fins analíticos; e (ii) que os crimes de colarinho branco seriam apenas aqueles de natureza econômica, cometidos sem violência ou grave ameaça e que demande expertise técnica, sendo prescindível o privilégio social do agente, pois, nesse caso, estaria sendo ignorado um importante aspecto destacado por Sutherland, o de que grande parte da dificuldade de apuração e responsabilização criminal dos delitos do colarinho branco, que ensejou a necessidade de concepção de uma categoria própria, é justamente o poder, a influência, a o privilégio de tratamento dos seus agentes junto às autoridades estatais, além de contar com uma grande estrutura econômica que permite se proteger da atuação do sistema de justiça criminal.

Com efeito, ainda que o delito de estelionato seja comumente considerado “do colarinho branco”, é possível o seu cometimento por pessoas de classe média ou baixa, hipótese que o exclui desse conceito. Ainda que o agente possa se valer de alguma expertise ou vantagem contextual para colocar a vítima em erro, não é minimamente razoável comparar esse delito com aqueles cometidos por pessoas verdadeiramente “do colarinho branco”, que possuem conhecimento, poder e influência não apenas para cometer o ilícito, mas para desviar a persecução e responsabilização penal.

Enfatiza-se, assim, que pessoas de classes sociais subalternizadas não podem ser autoras de crimes considerados como “do colarinho branco”, ainda que praticados com algum grau de expertise, devendo o estelionato, neste caso, para fins de análise criminológica e de políticas criminais e seus reflexos na hermenêutica penal, ser considerado como no mesmo rol de qualquer delito patrimonial praticado sem violência ou grave ameaça, como furto ou receptação. No caso do estelionato contra a seguridade social, essa consideração é ainda mais relevante, porquanto a expertise necessária para induzir ou manter o órgão estatal em erro é mínima, podendo ser uma mera omissão de informação.

Em que pese a leniência social e estatal ser algo esperado para os crimes do colarinho branco, viu-se que se trata de algo que se relaciona pouco com a natureza desses delitos e muito com a condição de privilégio econômico e social dos agentes que geralmente o cometem. Dessa forma, pessoas de classe social subalternizadas que cometam crimes tidos como “do colarinho branco” não estarão imunes à seletividade do sistema de justiça criminal. É dizer, seriam duplamente prejudicadas, pois receberiam um tratamento penal mais rigoroso pela natureza do crime (erroneamente concebido como “do colarinho branco”) e teriam suas garantias fundamentais menoscabadas pela sua condição social, que inclusive dificulta o exercício da ampla defesa e do contraditório em toda a sua plenitude, como podem fazer as pessoas que integram as classes sociais privilegiadas.

Passando-se para um olhar propriamente hermenêutico da problemática posta, viu-se, inicialmente, que a Constituição Federal estabelece um sistema de normas (regras e princípios) e postulados (metanormas) que exige que a construção de um juízo de criminalização que não se resuma a uma comparação irrefletida da literalidade da lei penal à conduta concreta. A ampliação de possibilidades interpretativas e decisórias com respaldo constitucional pode tanto conduzir a um maior rigor no tratamento de condutas mais graves e de difícil apuração, como os crimes de colarinho branco, como também ensejar uma perspectiva penal restritiva em relação a condutas menos relevantes ou que possam ser suficientemente tratadas por outros ramos do direito.

O estelionato contra a seguridade social se insere nesses dois extremos, verificando-se a necessidade, de um lado, de afastar a carga valorativa dos crimes de colarinho branco e, de outro, evidenciar suas nuances sociais, culturais e econômicas. Em todo caso, tem-se como finalidade imprescindível a construção de uma visão penal-constitucional restritiva, de modo que a criminalização não seja a regra, mas sim a exceção.

Em realidade, a tipicidade penal de uma conduta não é algo passível de aferição por um método totalmente preciso, inequívoco, havendo um espaço de discricionariedade do

aplicador na construção do juízo de criminalização, o que é ainda mais presente em tipos penais muito abertos, como o estelionato, que inclusive admite interpretação analógica. Logo, a legalidade estrita não é um postulado suficiente, por si só, para conduzir à escorreita aplicação do direito penal, reiterando-se a lição de que “o tipo não é autossuficiente do ponto de vista significativo e que não cumpre a função de garantia”²⁸⁷. Nessa perspectiva, é forçoso concluir que, se o direito penal ofereça alguma garantia, ela está para além da literalidade da lei, sendo imprescindível ter cautela ao decidir pela tipificação de uma conduta como crime, levando em consideração o ordenamento jurídico e a organização da sociedade como um todo, além dos argumentos metajurídicos e zetéticos suscitados pelas partes.

Não há como negar que a condição de crime pluriofensivo do estelionato atende a uma finalidade legítima de abranger a amplitude e criatividade das atividades significativamente danosas a uma ordem social e econômica cada vez mais complexa. É algo que, em abstrato, não viola o princípio constitucional da legalidade na condição de norma jurídica. Entretanto, essa abertura típica proporciona ao aplicador do direito um amplo poder de criminalização secundária, o qual deve ser contrabalanceado pelo princípio da legalidade na condição de postulado jurídico (metanorma), impondo o dever de cautela ao justificar a decisão, devendo-se adotar a não criminalização como linha mestra, sobretudo nos casos que suscitem dúvidas ou divergências quanto à pertinência e proporcionalidade da responsabilização criminal.

Do ponto de vista político-criminal, a proteção penal do sistema de seguridade social, em que pese a seu incontestável papel positivo em favor da população, dá-se em um contexto de contenção de riscos inerentes à própria atividade econômica desenvolvida pelo Estado. Historicamente, o risco era visto como infortúnio, desgraça, cujo tratamento jurídico, se fosse o caso, dava-se na esfera cível. No contexto da pós-modernidade, com o avanço da tecnologia e complexificação das relações econômicas, o risco passou a ser visto, *a priori*, como resultado da ação ou omissão humana, ensejando a busca e responsabilização criminal de um possível culpado, o que se insere na tendência macrossociológica de expansão do *jus puniendi*. O direito penal se sobrecarrega ao tomar para si um papel de reparação, prevenção e promoção de confiança na atividade econômica desenvolvida, função esta que não é originariamente sua, e nem deveria ser, diante de um modelo de intervenção mínima respaldado na Constituição.

Essa função promocional e simbólica assumida pelo direito penal em relação à Seguridade Social é algo, de plano, inadmissível diante do modelo de racionalidade penal-

²⁸⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 65.

constitucional aqui proposto. Além disso, vai de encontro à própria dinâmica e finalidade da seguridade social, de modo que a conduta em seu desfavor praticada imputada como estelionato tem sua razão de ser em questões estruturais e de administração do bem-estar. Isto é, pouco relacionada com uma erosão ética, negação dos valores do trabalho ou ganância pura e mais com a busca por um padrão mínimo de subsistência material, ante as dificuldades econômicas comumente enfrentadas pela população, ainda que não estejam no patamar exigido por lei para a concessão do benefício intentado.

Na verdade, em razão de limitações na estrutura administrativa dos órgãos que gerem a concessão de benefícios da seguridade social, a prática de fraude acaba sendo, em muitos casos, não apenas viável, como também atrativa e determinante para a prática do ilícito. Podem ser citados problemas da máquina pública como falta de integração entre sistemas de diferentes esferas federativas, excesso de burocracia, morosidade, complexidade das etapas e falta de informação ou esclarecimento, o que pode compelir os usuários do serviço a buscar caminhos mais fáceis em detrimento da boa-fé ou da legalidade. Embora isso não os isente de culpa, é um aspecto que não pode ser desconsiderado do ponto de vista político-criminal porque, de um lado, demonstra que há melhores estratégias além da repressão penal para evitar que fraudes ocorram e, de outro, revela que o direito penal é utilizado para atenuar o dever de eficiência da própria Administração Pública para aperfeiçoar a segurança do seu sistema e controlar melhor as irregularidades esperáveis da própria atividade desenvolvida.

À vista disso, o grau de ofensividade da lesão também deve ser levado em consideração para fins de exame da pertinência e proporcionalidade do direito penal em cada caso concreto. Em que pese a grande resistência do STJ e até do STF possa desestimular as instâncias ordinárias, os fundamentos adotados pelas cortes superiores para não aplicar o princípio da insignificância ao estelionato contra a seguridade social merecem duras críticas, especialmente pelos seguintes pontos: (i) não é concebível que um bem jurídico passível de reparação ou recuperação seja presumido, em abstrato, como relevante demais para se considerar que a lesão por ele sofrida não possa ser insignificante; (ii) viu-se que há situações em que o dano causado é pouco ou nada relevante para o sistema de seguridade social, não ameaçando seu funcionamento ainda que praticado em maior escala, sobretudo diante da sua capacidade regenerativa, além de que a conduta praticada pode ser dotada de baixo grau de reprovabilidade ou sua culpabilidade ser mínima; (iii) a existência de crimes bastante similares (tributários federais e de descaminho) para os quais os Tribunais Superiores admitem a insignificância adotando como parâmetro valor relevante para os padrões da maior parte da população brasileira (vinte mil reais), inexistindo justificativa racional para que esse

entendimento não seja estendido, ainda que com ajustes eventualmente cabíveis, ao estelionato contra a seguridade social.

A concessão de um benefício da seguridade social, na grande maioria dos casos, é precedida de um processo administrativo instaurado a partir de um requerimento formulado pela pessoa interessada, o qual, se resultar em decisão desfavorável, poderá ensejar a propositura de ação judicial, meio igualmente hábil para obtenção do benefício. Esse aspecto procedimental, dotado de um sistema normativo próprio, é fundamental para a aferição da tipicidade do delito de estelionato, podendo, por si só, ser motivo idôneo e suficiente para não haver criminalização.

Percebeu-se a total inconsistência típica do chamado “estelionato judicial”, pois, no âmbito processual, a versão dos fatos que prevaleceu não pode ser unicamente atribuída a um comportamento mal-intencionado de um agente, mas também à desídia da suposta vítima, que deixou de se desincumbir do seu ônus legal de enfrentar as alegações e provas trazidas pela outra parte. Se o erro que o agente tentou induzir no processo é grosseiro, não seria difícil para a parte contrária afastá-lo e fazer prevalecer o que entende ser verdadeiro, inclusive porque o ordenamento processual oferece os meios necessários para tanto - mostrando-se prescindível a tutela penal. Se o erro é de difícil desconstituição, é porque a questão em discussão é complexa e merece um tratamento mais aprofundado dentro da dinâmica processual - não sendo algo que deva ser tratado pela simples aplicação da literalidade da lei penal, como se os conceitos de “verdade” e “mentira” fossem inequívocos e evidentes, não demandando maior cognição. Como se observa, todo caso submetido à jurisdição estatal deve ser por ela apurado e resolvido, não cabendo ao direito penal figurar como instância revisora para nova apreciação da verdade dos fatos e possível punição de um agente que se valeu do seu direito de ação e, seguindo as regras de um procedimento válido e justo, obteve uma vantagem que, em um segundo juízo, conclui-se ser indevida - sobretudo quando a vantagem obtida foi encoberta pelo manto da coisa julgada.

Essa concepção de atipicidade do crime de estelionato, notadamente quando praticado contra o sistema de seguridade social, deve ser estendida ao processo administrativo que antecede a concessão de benefícios financeiros. Isso se deve: (i) às semelhanças do processo judicial e administrativo, notadamente quanto ao seu caráter dialético e a sua alta especialização técnico-jurídica para a solução das demandas que lhe são submetidas; e, principalmente, (ii) à posição de vantagem e superioridade ocupada pela Administração Pública que, além de ser interessada no seu resultado, conduz o procedimento, podendo ajustá-lo e determinar a imposição de ônus ou diligências ao administrado e exara a decisão

final, podendo adotar a interpretação legal que mais lhe pareça adequada ou favorável, mesmo que outro seja o entendimento consolidado no Poder Judiciário.

Assim, não é adequado criminalizar o uso, ainda que temerário ou sagaz, do direito de ação (processo judicial) ou de requerimento (processo administrativo), pois: (i) a decisão final a ser tomada não depende apenas das alegações e elementos trazidos pela parte demandante, havendo também o ônus da parte afetada de averiguá-los e, sendo o caso, produzir provas ou argumentos em contrário; (ii) o processo de exame das provas e definição da realidade dos fatos a ser considerada para os fins colimados é complexo e pode ser compreendido por diversas perspectivas teóricas que podem reduzir a conclusões práticas distintas, de modo que é lícito ao interessado adotar e defender a concepção que mais lhe favorece; (iii) os processos judiciais e administrativo são os meios adotados pela ordem jurídica vigente para a solução, pretensamente definitiva, das demandas propostas pelos particulares, inclusive para puni-los ou determinar que reparem algum dano eventualmente causado - não havendo necessidade ou legitimidade, em face do princípio da fragmentariedade, para a intervenção penal, sobretudo quando fundada em um tipo penal excessivamente abrangente como o do estelionato, que deve ser, bem por isso, aplicado com cautela e observância do ordenamento jurídico como sistema coeso.

Uma espécie de estelionato contra a seguridade social merecedora de especial atenção, em capítulo próprio nesta dissertação, é aquela consistente no saque indevido do FGTS. De início, ressalta-se que a gestão desse fundo pelo Poder Público mostra-se uma questão bastante complexa, que suscita diversos debates e posturas críticas por parte de juristas e expertos de outras áreas, como administração e economia. O cerne da maioria das discussões diz respeito aos prejuízos sofridos pelos trabalhadores em razão de escolhas políticas que privilegiam interesses governamentais em detrimento do amparo econômico dos beneficiários. O uso de valores do FGTS para financiar políticas públicas alheias ao interesse individual de cada trabalhador chega a ser qualificado, pelos críticos mais ferrenhos, como desvio de finalidade, ofensa à moralidade administrativa e violação do direito de propriedade dos trabalhadores.

O tratamento de política pública dado ao FGTS reflete uma indevida publicização do patrimônio privado, ou seja, a prevalência do interesse governamental sobre o dos trabalhadores na gestão dos seus recursos. A verba privada do trabalhador, depositada em conta aberta em seu nome, é tratada como de interesse público para justificar a responsabilização penal pelo delito de estelionato majorado (art. 171, § 3º, CP). Trata-se de manifesta subversão da sistemática dada a esse Fundo, originalmente concebido para

resguardar o trabalhador, e não lhe impor uma obrigação de cooperação com projetos governamentais, cuja desídia enseja a sua responsabilização criminal.

Essa criminalização respaldada pela jurisprudência do STJ representa uma interpretação extensiva da lei penal incriminadora de maneira contrária ao réu. Um tipo penal direcionado à proteção do direito ao patrimônio passa a ser aplicado para proteger bem jurídico estranho ao direito penal: o direito de administrar o patrimônio de outrem no seu interesse. Reputa-se como “vantagem ilícita”, para fins penais, um proveito econômico essencialmente lícito, que sempre integrou o patrimônio jurídico do agente, mas que foi acessado antes do tempo estipulado por lei direcionada à fixação de diretrizes administrativas. Por sua vez, confere-se ao conceito de “prejuízo alheio” amplitude máxima e irrestrita, abarcando o direito de o Poder Público manter as pessoas vinculadas a um Fundo Público, no qual o dinheiro delas é gerido à míngua da sua vontade e, não raro, em desacordo com o seu interesse.

O caso do FGTS é, dentre aqueles aqui analisados, o exemplo mais notório de hipertrofia do direito penal, cuja criminalização é aplicada, de modo manifestamente prescindível, em relações jurídicas que são estranhas ao âmbito de proteção do tipo penal. É algo que deve servir de alerta para uma reflexão mais profunda sobre todos os casos de criminalização pelo delito de estelionato contra a seguridade, que devem passar por uma reflexão hermenêutica profunda com vistas a aferir a adequação e proporcionalidade no uso desse ramo do Direito.

Ao longo da presente investigação, viu-se que há um grupo de condutas imputadas como estelionato contra a seguridade social que merecem atenção especial dos operadores do direito por diversas perspectivas: (i) apesar de, *a priori*, enquadrado conceitualmente como “do colarinho branco”, é praticado por pessoas das classes sociais subalternizadas, possivelmente com pouca ou nenhuma instrução e que realmente precisa do benefício oferecido no âmbito da seguridade social; (ii) mesmo que formalmente preencha os elementos típicos do delito de estelionato (art. 171, CP), a aplicação concreta na norma criminalizadora deve levar em consideração aspectos circunstanciais e macrossociais que permeiam o caso concreto; (iii) a responsabilização pode não ser considerada, de plano, a resposta estatal adequada ao ato ilícito praticado, a partir de princípios como proporcionalidade, subsidiariedade, legalidade estrita e ofensividade.

Ainda que a segurança jurídica seja um importante valor a ser perseguido, ela não deve prevalecer sobre o dever do aplicador do direito de construir uma solução justa e proporcional no caso concreto, mesmo que os Tribunais Superiores, examinando em abstrato

as normas de regência, tenham firmado teses divergentes. É inclusive uma forma de garantir o constante aperfeiçoamento do sistema, podendo conduzir à superação das teses firmadas ou ao seu aprofundamento, para que se tornem mais adequadas às inúmeras situações concretas que possam surgir.

Diante do exposto, confirma-se a hipótese inicialmente posta de que o uso do direito penal para lidar com o rol de condutas aqui delimitadas representa uma hipertrofia do poder punitivo estatal (*jus puniendi*), um excesso ilegítimo e inconstitucional que os operadores do direito devem buscar sanar em cada oportunidade concreta, mostrando-se suficiente, a título de reação estatal, o tratamento já oferecido por outros ramos do Direito, como o civil e o administrativo, que são aptos a buscar a reparação pelo dano causado e promover uma resposta simbólica de cunho preventivo e, em menor medida, repressivo ou sancionatório.

Portanto, espera-se que os elementos e considerações desenvolvidos no presente trabalho auxiliem a promoção de uma visão descriminalizadora acerca das diversas modalidades de estelionato contra a seguridade social aqui delimitadas, contribuindo para o seu enfrentamento com políticas públicas de caráter não penal e, principalmente, servindo de subsídio para a construção de decisões judiciais que somente recorram à criminalização em casos extraordinários, de notório prejuízo e excepcional reprovabilidade da conduta.

Reitera-se, por fim, que o presente trabalho não teve o objetivo de esgotar o tema ou propor uma solução definitiva para a problemática jurídica posta, mas fornecer subsídios para promover e aprimorar o debate entre acadêmicos e operadores do direito, esperando-se a sua continuidade por meio de novas investigações.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Dimitri de. **A previdência social como instrumento de intervenção do Estado brasileiro na economia**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016.
- ADELMAN, Miriam. Visões da pós-modernidade: discursos e perspectivas teórica. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 184-217, jan./jun. 2009.
- ALENCAR JUNIOR, Osmar Gomes; SALVADOR, Evilasio da Silva. Finanças, fundo público e financiamento da seguridade social no Brasil. **Revista Katálysis**, v. 18, n. 2, p. 239–248, jul. 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. In: SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.
- AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do controle penal na contemporaneidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 98, p. 385-411, out. 2010/ jan. 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012.
- ARAÚJO, Gustavo Beirão. **Processo administrativo previdenciário: uma análise visando à efetividade**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.
- ARAÚJO, José Aurélio. **O conhecimento no processo e a coisa julgada**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BALMACEDA-HOYOS, Gustavo. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 163-220, dez. 2011.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2022.

BEATO F., Cláudio; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, oportunidade e vitimização. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 73-89, jun. 2004.

BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil**: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “Andar de Cima”. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2013.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do direito penal e a cultura punitiva. **Arquivo Jurídico** – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, Teresina, v. 1, n. 4, p. 95-113, jan./jun. 2013.

BITENCOURT, Cezar Robert. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BORDON, Lucely Ginani; DIAS, Rafael Bruno do Carmo. A polícia do colarinho branco: uma crítica à investigação criminal seletiva e simbólica. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate, Natal, v. 3, n. 1, p. 70–83, maio 2015.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005.

BRAITHWAITET, John. Poverty, Power, White-collar crime, and the paradoxes of criminological theory. **Australian and New Zealand Journal of Criminology**, v. 24, n. 1, p. 40-58, 1991.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. **Sequência**: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 35, n. 38, p. 59-89, jun. 2014.

BRASIL. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas. Processo nº 0804681-64.2017.4.05.8000. Disponível em:
<<https://pje.jfal.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam#>>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 20 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 171. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848consolidado.htm>. Acesso em 25 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 13 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 20 abr. 2024.

BRASIL. **O que é o FGTS?**. Caixa Econômica Federal. Disponível em: <<https://www.fgts.gov.br/Pages/sou-empregador/o-que.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 1.441.188/SC. Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 23/8/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 2.079.618/RN, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 682.583/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe de 28/8/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 722.967/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 5/11/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC n. 857.248/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/12/2023, DJe de 11/12/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp n. 1.363.750/RS. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/8/2014, DJe de 19/8/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp n. 1.770.833/AL, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe de 19/12/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgRg no CC n. 98.778/SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/8/2011, DJe de 2/9/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.709.029/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.846.427/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n. 126.006/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n. 85.272/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 23/8/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n. 599, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe de 27/11/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 111918, Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, DJe de 21/06/2012.

BRITO, Pedro Moreira Aguiar de. A criminalização do estelionato judicial e a crítica à jurisprudência dominante nos tribunais acerca da matéria. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 1050-1065, jul./dez. 2021.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da norma penal incriminadora. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal** – UFRGS, v. 3, n. 1/2, p. 23-38, nov. 2015.

BÜRGEL, Leticia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 4, p. 981-1015, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial 1: artigo 121 ao artigo 234 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de. A ambiguidade das escolhas: política criminal no Brasil de 1989 a 2016. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 28, n. 73, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Servanda, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

CASTRO, Henrique Carlos de Oliveira de *et al.* Percepções sobre o Programa Bolsa Família na sociedade brasileira. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p.333-355, nov. 2009.

CESAR, Alexandra Clara Botareli; BRITO, Tiago Domingues. A influência da lei orgânica da assistência social na concretização dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, Marília/SP, v. 2, n. 1, p. 215-227, jul./dez. 2014.

CÉZAR, Eduardo Calmon de Almeida. **Déficit das garantias constitucionais em processo administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

COELHO, Denilson Bandeira; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. Regras importam: determinantes do controle burocrático no Programa Bolsa Família. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 5, p. 689–707, set. 2017. p. 697.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 41, p. 23-47, abr./jun. 2011.

DEAN, Hartley; MELROSE, Margaret. Unravelling citizenship: the significance of social security benefit fraud. **Critical Social Policy**, Londres, v. 16, n. 48, p. 3-31, ago.1996.

DELORENZI, Lucas Meireles da Silva. O reconhecimento da figura do estelionato judicial e seus reflexos no âmbito processual. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. único, p. 502-514, jan./dez. 2022.

DIAS, Luciana Drimel. **A verdade e a prova judicial: uma análise filosófico-processual da verdade voltada à teoria geral da prova**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos. A atividade institucional do INSS e sua difícil relação com o Judiciário. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, 110, p. 593-612, Out. 2014/Jan. 2015.

FEITOSA, Denise Bzyl; ARAÚJO, Maria Lírida Calou de. A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 837-856, set. 2021.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca/SP, v. 19, n. 30, p. 1-19, 2017.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2022.

FRANÇA, Leandro Ayres. A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 53-74, jan./jun. 2014.

FREITAS, Ricardo. Teoria da adequação social: a dogmática do direito penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada. **Ciências Criminais em Perspectiva**, v. 1, n. 1, p. 109-150, jul-dez. 2020.

FRIEDE, Reis. A Verdade Oculta na Utilização dos Recursos do FGTS pelo Estado. **Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)**. Fortaleza, v. 17, n. 1, p.151-171, jan./jun. 2019.

GARLAND, David. **A cultura do controle**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GONZÁLEZ, Álvaro Salgado. Constitución, norma y ley penal. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena (Colômbia), v. 7, n. 14, p. 42-52, jul./dez. 2015.

GOTTSCHALK, Petter. Convenience in white-collar crime: introducing a core concept. **Deviant Behavior**, v. 38, n. 5, p. 605-619, ago. 2016.

GOTTSCHALK, Petter; GUNNESDAL, Lars. **White-collar crime in the shadow economy: Lack of Detection, Investigation and Conviction Compared to Social Security Fraud**. Cham (Suíça): Palgrave Pivot, 2018.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial: artigos 121 a 212 do Código Penal**. 14. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **O princípio da insignificância nos delitos contra a Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

GUIMARÃES, Daniel de Carvalho; CARMO, Fabíola Bortolozo do. A insignificância da lesão no delito de estelionato contra entidades públicas. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 83-98, dez. 2010.

GUSMÃO, Paulo Maurício Araújo. **Garantismo, legalidade estrita e princípio da máxima taxatividade penal: parâmetros jurídicos de controle de constitucionalidade de tipos penais**

abertos comissivos. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2023.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico.** Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

HOLTFRETER, Kristy. Is occupational fraud “typical” white-collar crime? a comparison of individual and organizational characteristics. **Journal of Criminal Justice**, v. 33, n. 4, p. 353-365, jul./ago. 2005.

HOLTFRETER, Kristy. Public perceptions of white-collar crime and punishment. **Journal of Criminal Justice**, v. 36, n. 1, p. 50-60, mar./abr. 2008.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica.** Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HORVATH JR, Miguel. **A previdência social em face da globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JANTALIA, Fabiano. **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.** São Paulo: LTr, 2008.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014.

KUMAR, KRISHAN. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LADIN, Lanker Vinícius Borges Silva. **A impunidade e a seletividade dos crimes de colarinho branco.** Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2015.

LIMA, Alberto Jorge Correia Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Cezar Bueno de. **Direito e previsibilidade: sentenças judiciais para os crimes de estelionato em Londrina.** Dissertação (Mestrado em Sociologia Política), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Perfil do estelionato contratual no ordenamento jurídico-penal brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203–233, jan. 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A expansão do direito penal na pós-moderna sociedade do risco: o controle penal e suas (im)possibilidades. **(Re)pensando direito**, Santo Ângelo/RS, v. 1, n. 2, p. 55-78, jul./dez. 2011.

MACRI JÚNIOR, José Roberto. **O engano típico no estelionato.** Tese (Doutorado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

MALDONADO, Frank Luis Mila; YÁÑEZ, Karla Ayerim; ESCALANTE, Pablo Ricardo Mendoza. Constitución y derecho penal: aspectos críticos de la constitucionalización. **Lex: Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas**, Durán (Ecuador), v. 5, n. 18, p. 443-454, out./dez. 2022.

MARÇAL, Patrícia Fontes; ZUCCHETTI, Dinora Tereza. A proteção social no campo da seguridade à luz do discurso solidarista. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17, n. 32, p. 439-458, jan./jun. 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Jader. Crise de substância do princípio da legalidade: o caráter hermenêutico da tipicidade penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 91-112, jan./mar. 2013.

MARQUES, Jader. **Leitura hermenêutica da tipicidade penal**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2012.

MARSTON, Greg; WALSH, Tamara. A case of misrepresentation: social security fraud and the criminal justice system in Australia. **Griffith Law Review**, Brisbane (Austrália), v. 17, n. 1, p. 286-300, jul. 2008.

MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012.

MCKEEVER, Gráinne. Social citizenship and social security fraud in the UK and Australia. **Social Policy & Administration**, Oxford, v. 46, n. 4, p. 465-482, ago. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus controles. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 114, p. 23-33, out./dez. 1973.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MESA, Gloria Patricia Lopera. **Principio de proporcionalidad y ley penal**: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Lima (Perú): Palestra Editores, 2023.

MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 41-54, jan./fev., 2013.

MUÑOZ, Nuria Pastor. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. **Doctrina y jurisprudencia penal**, Santiago, v. 1, n. 1, p. 43-64, 2010.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; CORREIA, Marcos Vasconcelos. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) - em busca da correção "justa". **Revista de la Facultad de Ciencias Económicas**, Corrientes (Argentina), n. 14, p. 146 - 163, jun. 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2006.

NUNES, Joerberth Pinto. **Expansão penal e intervenção mínima: paradoxos do direito penal contemporâneo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2011.

OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. **Do caráter aberto dos tipos penais: revisão de uma dicotomia**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ONNA, Joost H.R. Van; DENKERS, Adriaan J.M. Social bonds and white-collar crime: a two-study assessment of informal social controls in white-collar offenders. **Deviant Behavior**, v. 40, n. 10, p. 1206-1225, maio 2018.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAUCAR-COZ, Degollación Andrés; RIMAC-VENTURA, Estelita. Fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales del derecho en el Poder Judicial de Pasco, Perú. **Revista Ratio Juris**, Medellín (Colômbia), v. 18, n. 36, p. 147-168, jan./jun. 2023.

PAULA, Nice de. **Perdas bilionárias no FGTS**. O Globo, 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/perdas-bilionarias-no-fgts-10351150#ixzz3tqouCUWM>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

PEREIRA, Rejane Pimenta; PESSÔA, Ulisses. Os crimes de colarinho branco: uma análise acerca da criminalidade econômica à luz da teoria da associação diferencial. **Revista Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 54-69, 2018.

PIMENTEL, Elaine; REGO, Martin Ramalho de Freitas. O papel do direito penal na contemporaneidade: breves reflexões a partir do fenômeno social da expansão punitiva. CARVALHO, Fábio Lins Lessa de. **Reflexões sobre o direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PLANAS, Ricardo Robles. A identidade da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 20, v. 98, p. 149-168, set./out. 2012.

PONTÓN, Daniel. El aporte de Edwin Sutherland al análisis del crimen económico global. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, Quito (Equador), n. 27, p. 112-124, ago. 2020.

POZZOBON, Amanda Gonçalves Benvenutti. **O processo civil como um jogo de verdade ou consequência**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Vitor Lia de Paula. **Ônus da prova no processo civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão; OLIVEIRA FILHO, Cariolando Guimarães de. Intervenção estatal e eficácia do direito fundamental à seguridade social: o papel do benefício de prestação continuada da LOAS. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 51-72, abr./jun. 2021

RODRIGUES, Amanda Maíra. **FGTS**: afinal interessa a quem? assimetrias funcionais à luz de sua origem, correção e destinação. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 130, p. 426-446, set./dez. 2017.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La estafa de seguro: criminología, dogmática y política criminal. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 32, p. 329-359, 1987.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Normas y acciones en derecho penal**. Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

SANTOS, Débora da Silva; PESSOA, Cristiane Dupret Filipe. A seletividade do sistema penal brasileiro à luz do *labelling approach* como mecanismo de impunidade dos criminosos de colarinho branco. **Revista Jures**, Vitória, v. 13, n. 23, p. 35-66, mar. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENA, Renata Moura. **FGTS**: Análise das Propostas de Flexibilização. Dissertação (Mestrado em Economia Política) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. **Direito, Processo e Cidadania**, Recife, v. 1, n. 1, p. 175–206, jan./abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A função de garantia da lei penal: considerações acerca do princípio da legalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38 n. 150, p. 259-269, abr./jun. 2001.

SILVA, Suzana Cecília Côrtes de Araújo e. O critério da proporcionalidade como padrão de decisão e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 44-63, jul/dez. 2015.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

SOUZA, Ivogleuma Silva de. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e suas peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro. **Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)**. Fortaleza, v. 13, p. 85-108, set. 2016.

SOUZA, Luciano Anderson. **Direito penal: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 93-103, dez. 2014.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CAMPOS, Paula Bohn de. Criminologia e seletividade punitiva no Brasil: do racismo biológico ao labelling approach. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, Canoas, v. 8, n. 3, p. 273-295, dez. 2020.

WILCOCK, Scarlet. (De-)Criminalizing welfare? the rise and fall of social security fraud prosecutions in Australia. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 59, n. 6, p. 1498–1519 nov. 2019.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZÚÑIGA, Cinthya Paulina Cisneros; MARTÍNEZ, Roberto Carlos Jiménez. El delito de estafa: naturaleza, elementos y consumación. **Revista Dilemas Contemporáneos**: Educación, Política y Valores, Toluca (México), v. 8, edição especial, p. 1-18, jul. 2021.