

DISCIPLINA:	DIREITO PENAL (A007)		
NÚMERO DA QUESTÃO NA PROVA TIPO 01:	57	CÓDIGO DA QUESTÃO:	A00728
SITUAÇÃO DA QUESTÃO: (GABARITO MANTIDO / ALTERAÇÃO DE GABARITO / QUESTÃO ANULADA)		Gabarito mantido	

ARGUMENTAÇÃO DA BANCA:

Os fundamentos apresentados pelos recorrentes são, em síntese, os seguintes:

Postula-se a anulação da presente questão por não encontrar-se, dentre as opções de respostas, a que se adéqua ao caso em tela. Explica-se: no momento em que Paula Rita "convence" sua mãe a lhe outorgar o instrumento de procuração não resta configurado o dolo da agente em induzir sua mãe em erro. A questão deixa margem ao entendimento de que o dolo se configura após o recebimento da vantagem por parte da agente, caracterizando o crime de apropriação indébita (artigo 168, do Código Penal) e não de estelionato como afirma o gabarito. Deixando a questão margem à dupla interpretação e, em não existindo resposta correta (crime de apropriação indébita), pugna-se pela anulação da questão.

Segundo Fernando Capez, em sua obra Curso de Direito Penal, volume 2, Parte Especial, Editora Saraiva, 6ª edição, temos que no crime de apropriação indébita o agente, estando de boa-fé, recebe o bem sem apoderar-se dele. E, assim continua, ao afirmar o autor que neste delito o agente obtém a posse da coisa de modo lícito, através do proprietário, de modo livre e consciente, sem qualquer dolo. Já no estelionato, prossegue, o agente emprega, anteriormente, a posse da coisa, um estratégia para levar a vítima a erro ou para mantê-la em erro, com uma falsa percepção dos fatos, obtendo, desta forma, a coisa de modo ilícito. Logo, em síntese, a questão não fornecera se a filha estava, anteriormente ao fato de sua mãe passar-lhe a referida procuração, com o dolo de ludibriá-la a fim de conseguir a vantagem econômica em tela, pois, acaso estivesse a filha com boas intenções, sendo que o dolo surge após o recebimento da vantagem, no caso o numerário de R\$ 150.000,00 sacados de sua conta corrente, tratar-se-ia do crime de apropriação indébita e não do crime de estelionato. A questão, na forma como escrita, presume que o agente, no caso a filha, estava com a intenção de enganar a mãe e, então, pegar para si o valor retro.

RESPOSTA DA BANCA:

Na verdade, a *res* da qual a Paula Rita se apropria não é uma procuração, e sim os R\$ 150.000,00 pertencentes a sua mãe. Assim, em nenhum momento há inversão do título da posse – de lícita para ilícita, hipótese em que estaria caracterizada a apropriação indébita. O enunciado é bastante claro ao afirmar que Paula Rita serviu-se de **um argumento falso** para obter a procuração da mãe, mas assim que a conseguiu dirigiu-se ao banco para se apropriar do dinheiro que sua mãe mantinha depositado. Não é correto dizer que Paula Rita retirou o dinheiro de boa fé, pois a questão é clara ao afirmar que a mãe outorgou à filha a procuração, porque esta lhe disse que poderia ajudá-la no dia a dia, pagando contas, efetuando pequenos saques e pegando talões de cheques. A mãe foi assim **convencida** pela filha a outorgar-lhe a referida procuração. O enunciado não dá nenhuma margem à interpretação pretendida pelos recorrentes, de que Paula Rita teve posse lícita dos R\$ 150.000,00 retirados da conta de sua mãe.

Segundo o art. 155, II do Código Penal, a alternativa "b" é a correta, isto é, a conduta se caracteriza como FURTO MEDIANTE FRAUDE. Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: II – Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; Na referida questão encontramos pelo menos duas características que enquadram a conduta do agente como o crime de furto mediante fraude, sendo, o abuso de confiança, já que a vítima era a mãe do agente, e, o furto do dinheiro da conta da mãe, sendo esta última escondida, não tendo nenhuma participação da vítima. Igualmente, é necessário destacar que a vítima não foi induzida em erro, o que já descaracteriza a hipótese de estelionato. A procuração foi dada a filha de forma consciente e com objetivos definidos, inclusive devido a confiança da mãe para com a filha. No entanto, a conduta criminosa da filha é independente da vítima. Já que a vítima não entregou os valores e sim uma procuração para fins diversos. No estelionato a fraude é empregada para conseguir a posse do bem, que é entregue voluntariamente ao agente ativo; TACRSP: "No estelionato o lesado entrega livremente a coisa ao acusado, ao passo que, no furto mediante fraude esta é apenas meio para a retirada daquela" (RT 540/324). Essa modalidade de furto qualificado tem um aspecto em comum com o crime de apropriação indébita, já que em ambos ocorre uma quebra de confiança que a vítima deposita no agente. A diferença entre essas infrações penais, entretanto, é clara, uma vez que, no furto, o agente retira objetos da vítima aproveitando-se da menor vigilância dispensada em razão da confiança, enquanto que na apropriação indébita, a própria vítima por ter certa confiança no agente, entrega-lhe o bem, e ele não o devolve. (destaque do recorrente). TACRSP: "Configura furto qualificado por fraude e não estelionato a conduta do agente que, prontificando-se a ajudar a vítima a efetuar operação em caixa eletrônico, subtrai seu numerário sem que esta perceba, vez que no delito do art. 171 do CP, o ardid precede a obtenção da vantagem ilícita e é fator causal para a entrega de valor pela vítima ao estelionatário, pois sua vontade encontra-se viciada pelo expediente fraudulento" (RJDTACRIM 26/118). Ante o exposto, requer a anulação da questão 57.

No texto do enunciado, a mãe de Paula Rita lhe outorga mandato para fins de movimentar a conta bancária, para efetuar pagamento de contas, pequenos saques e retirada de talões de cheques; ela não permitiu que a filha retirasse todo o dinheiro da aplicação, ela foi enganada para ser furtada, ela não entregou de vontade própria todo o seu dinheiro da aplicação financeira, a filha lhe proporcionou o engodo, focando a atenção da mãe em pequenas movimentações bancárias, para poder sem nenhuma barreira furtar todo o dinheiro que a mãe tinha no banco.

A hipótese é semelhante a de apropriação dos valores pertencentes à vítima através de cartões eletrônicos clonados (saque feito com cartão clonado ou pela internet). A vítima não dá seu consentimento e não entrega o bem subtraído. No furto mediante fraude, a fraude é utilizada para diminuir a vigilância da vítima sobre o bem. **Assim, não se configurou na hipótese o estelionato, mas sim o furto mediante fraude.**

Resposta da Banca: **A hipótese descrita no enunciado caracteriza crime de estelionato e não de furto mediante fraude.** Eis o tipo penal do estelionato: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo em alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". O artifício é "toda a simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa em erro, levando-a à falsa percepção da realidade"; ardil é a "trama, o estratagemma, a astúcia".

Na hipótese, PAULA RITA, **convenceu** sua mãe a lhe outorgar uma procuração para movimentar sua conta bancária **ao argumento** de que poderia ajudá-la no dia a dia, evitando que a mesma tivesse que se deslocar ao banco. **De posse da procuração**, Paula Rita foi à agência e efetuou o saque de todo o valor que a mesma possuía em aplicações financeiras, no total de cento e cinquenta mil reais. Está claro que a vítima, induzida em erro pela filha sobre os seus verdadeiros propósitos, consentiu que a mesma tivesse acesso às suas economias. PAULA utilizou-se de um ardil para dar um golpe na mãe, para lesar a mãe. E, através desse expediente, PAULA logrou induzir sua mãe em erro. O comportamento da mãe, seu assentimento para o que Paula lhe propôs, ensejou a obtenção da vantagem ilícita pela mesma.

Vejamos a distinção entre o estelionato e o furto mediante fraude: No furto mediante fraude, esta é o meio utilizado para distrair o proprietário do bem, permitindo que o agente o subtraia sem o seu consentimento. Assim, no exemplo dado por um dos recorrentes, do cartão eletrônico clonado, o agente acopla o dispositivo de clonagem (conhecido como chupa cabra) no terminal de caixa eletrônico. A vítima insere seu cartão e **sem ser convencida pelo agente, através de algum estratagemma ou ardil, a cooperar com o resultado lesivo**, ou seja, desavisadamente, tecla sua senha, fornecendo-a (embora jamais tenha consentido com isso) ao agente. De posse da senha e dos dados clonados do cartão, o agente é capaz de "fabricar" um novo cartão através do qual subtrai os valores mantidos no banco pela vítima. Já se formularmos a hipótese em que o agente convence a vítima a lhe fornecer a senha (ao argumento de ajudá-la a usar o caixa eletrônico, por exemplo), tem-se **uma atitude colaborativa da vítima, que viabilizar o resultado lesivo**. A vítima não pretendeu entregar o dinheiro ao agente, mas foi ludibriada e o auxiliou nesse sentido, cooperou com o agente espontaneamente, embora seu consentimento estivesse viciado pela falsa percepção da realidade (de que o agente estivesse movido pela intenção de ajudá-la). Veja-se nesse sentido o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Consta dos autos que o indivíduo se fez passar por funcionário da Caixa Econômica Federal e ofereceu ajuda para a correntista idosa no autoatendimento do banco localizado na cidade de São Paulo. O acusado, de posse da senha bancária, teria tirado um extrato e se retirado do local, enquanto a correntista o aguardava. Após algum tempo, a correntista, com a ajuda de verdadeira funcionária do banco, tirou novo extrato e verificou que havia sido sacado o valor de R\$ 1.000,00 de sua conta bancária (...) As diversas jurisprudências trazidas aos autos referem-se à hipótese da subtração de valores por intermédio da rede mundial de computadores ou por meio de cartão clonado, o que é distinto da situação em apreço. No delito de estelionato, o agente conduz a vítima ao erro ou a mantém nele, para que esta entregue o bem de forma espontânea. Já no furto mediante fraude, o agente, por meio de um plano arditoso, consegue reduzir a vigilância da vítima, de modo que seus bens fiquem desprotegidos. Na caso dos autos, tem-se eventual crime de estelionato, visto que a vítima, pessoa idosa, foi induzida ao erro por pensar que o agente era funcionário do banco. Ademais, em virtude da situação de erro da correntista, esta entregou ao indivíduo a senha bancária de forma espontânea, dando a oportunidade para que ele pudesse obter a vantagem ilícita, consistente na retirada de R\$ 1.000,00 da conta bancária da vítima". (CC 100587, julgado pela Terceira Seção do STJ, em 26.8.09, Rel. Arnaldo Lima, julgamento unânime. Trecho do relatório e voto destacados acima).

A doutrina citada pelos recorrentes destaca que, no furto, a fraude é utilizada para amortecer a vigilância; no estelionato, é utilizada para engodo. Enquanto no furto, a fraude é utilizada para burlar a vigilância da vítima, no estelionato, é usada para induzir a vítima em erro (nesse sentido: Julio Mirabete e Renato Fabbrini. Manual de Direito Penal. Atlas. 2007, vol. 2, p. 214; Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal. Saraiva. 2008. vol. 3, p. 27).

Na hipótese apresentada, a fraude foi claramente utilizada para enganar a vítima. O texto do enunciado – ao dizer que Paula Rita convenceu a mãe a lhe outorgar uma procuração ao argumento de que poderia ajudá-la em sua rotina bancária e que, de posse da procuração, foi ao banco sacar todo o valor mantido pela mãe em aplicação financeira – apresenta com total clareza uma situação em que **a filha, a fim de se apropriar do dinheiro da mãe, a ludibria, a engana, a induz em erro, mentindo sobre seus verdadeiros propósitos e obtendo sua cooperação para a consumação do crime.**

O argumento de que a fraude foi utilizada para "reduzir a vigilância" exercida pela mãe sobre suas aplicações financeiras não tem cabimento. Quando a doutrina fala em redução de vigilância está tratando com muito mais propriedade de bens móveis, que estão sob vigilância direta da vítima. Pode-se citar o exemplo do agente que ingressa na residência da vítima se dizendo prestador de serviço de uma concessionária e, ao ser admitido no local, subtrai a coisa (Mirabete); ou da pessoa que substitui uma bolsa semelhante pela da vítima sem que perceba, apropriando-se de seus pertences.

Por esses fundamentos, a Banca entende que o gabarito apresentado está correto e que a questão é válida, não merecendo anulação.