

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

ESTELIONATO

PAGAMENTO COM CHEQUE FALSIFICADO — CARACTERIZAÇÃO DO TIPO BÁSICO E NÃO DO ART. 176 DO CP

RESUMO

- Sustenta o douto Procurador de Justiça oficiante, Dr. Paulo Edson Marques, que o comportamento do acusado, assim delineado, adequa-se a outra figura típica, que não a tentativa de estelionato, tratando-se do "tipo do art. 176, 1ª figura, do CP, que é delito de simples atividade, que se perfaz tão logo o agente principie o consumo de refeição que o restaurante lhe fornecer, nem mesmo admitindo tentativa..." (f.). Em que pese à (de resto habitual) excelência argumentativa dos fundamentos do douto preopinante, não comportam eles, com a devida vênia, acolhida no caso vertente. - O art. 176 do CP sanciona com detenção, de 15 dias a 2 meses, ou multa, a ação de "tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento". - Na verdade, a distinção entre essas "outras fraudes", assim tipificadas, e o estelionato em seu tipo fundamental (art. 171, caput, do CP), traduz basicamente questão de grau ou reprovabilidade da ação delituosa, por tal modo valoradas pelo legislador penal. Inexiste distinção ontológica entre a ação de tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos para o respectivo pagamento, e a ampla definição do stellionatus em seu tipo fundamental, contemplada no caput do art. 171. Quem pratica a primeira das condutas também se vale de artifício, ardil ou outro meio fraudulento com vistas a induzir ou manter em erro a vítima, e assim lograr proveito ilícito: ambas supõem dolo antecedente, e o aspecto diferencial consiste na reprovabilidade in abstracto do comportamento delituoso, razão da definição autônoma da ação socialmente menos reprovável. É o que doutrina NÉLSON HUNGRIA: "Entre nós, ainda no regime do Código de 1890, sustentávamos a existência do estelionato no particularizado caso de 'usurpação de alimentos' (Fraude penal, p. 90): 'Outro caso, perfeitamente identificado como estelionato perante o nosso Código, mas que nunca vimos punido como tal pelos Tribunais do país, é o do indivíduo que, num restaurante ou casa de pasto, se faz servir de alimentos ou bebidas, sabendo não poder pagar a despesa do consumo. É o scrocco dos italianos, a filouterie d'aliments dos franceses, a Zechprellerei dos alemães. Há evidentemente no fato uma astuciosa veritatis immutatio (pois, com o fingir a atitude de um cliente normal, o agente faz supor sua solvabilidade, induzindo em erro o dono do estabelecimento), assim com há lucro ilícito e dolo específico do estelionato. Não há que censurar, entretanto, na solução do caso, o critério prático de nossas autoridades policiais, que se limitam a punir o astucioso filante com uma breve detenção correcional, nas próprias sedes das delegacias. Apesar da criminalidade do fato, sua repressão com as penas do estelionato seria aberrante do nosso conhecido espírito de liberalidade ou do nosso sentimento de aversão à sovinice. Não terá sido por outro motivo que o Anteprojeto de SÁ PEREIRA contempla a hipótese como simples contravenção, sob o título de 'usurpação de alimentos', cominando-lhe leve penalidade (detenção até 6 dias). Seria mesmo de sugerir que fosse facultada ao Juiz a não aplicação da pena quando comprovada a 'extrema necessidade do agente'. O Código de 40 não concordou em que o fato, efetivamente lesivo do patrimônio alheio, figurasse como simples 'contravenção', e acrescentou, na incriminação, as hipóteses do insolvente que toma pousada em hotel ou se utiliza de meio de transporte. A especial incriminação não foi motivada pela dúvida de que se pudesse reconhecer, na espécie, o estelionato (pois que inquestionável o enquadramento de tais fatos no art. 171), mas tão-somente para um atenuado tratamento penal, ou eventual perdão judicial, dada a pouca ou mínima gravidade das burlas em questão. Cumpre advertir que o privilegium só é possível nas hipóteses em que não é exigido prévio pagamento, com ou sem tickets, como ocorre, habitualmente, nos restaurantes, nos hotéis e nos veículos de transporte urbano. São fraudes de relevo mínimo. Tratando-se de hipótese

diversa, frustrando o agente o pagamento prévio ou usando 'bilhete' falso, responderá por estelionato no seu tipo básico, ou falsidade documental (arts. 293, § 1º, e 304)" (Comentários ao Código Penal, 1. ed., Forense, v. VII, p. 270-271). - MIRABETE, de seu turno, adverte: "A fraude que dá conteúdo ao tipo penal e o diferencia de uma simples obrigação civil, é a de que o agente, com o seu comportamento, atua como se pudesse efetuar o pagame

EMENTA

Responde por estelionato, em seu tipo básico, e não pelo delito do art. 176 do CP o agente que, depois de consumir alimentos em restaurante, efetua o pagamento com cheque falsificado ou de proveniência ilícita.