

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

NICHOLLAS FLAVIO CONTIERI

**CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS:
UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO TÍPICA**

**CURITIBA
2015**

NICHOLLAS FLAVIO CONTIERI

**CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS:
UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO TÍPICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Ms. Pedro Luciano Evangelista Ferreira.

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

NICHOLLAS FLAVIO CONTIERI

CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS: UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO TÍPICA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

A Deus e aos meus pais, Nilton e Sandra, que me ensinaram os principais valores da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao dedicado professor e Mestre Pedro Luciano Evangelista Ferreira por ter compartilhado seus estudos nessa pós-graduação, por todo o apoio conferido nesses últimos meses, por toda a paciência em me receber nas orientações, por toda atenção, comprometimento e por ter aceitado orientar esse trabalho.

Agradeço a todos os Professores da EMAP-PR, os quais contribuíram para minha especialização e me proporcionaram um enriquecimento nos estudos e na vida.

Agradeço a minha família, aos colegas de trabalho, aos colegas de estudos e aos amigos, por toda a paciência e apoio nesse período de conclusão da especialização.

Agradeço a Deus por ter me dado condições de concluir esse estudo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DA CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS: O "CHUPA-CABRA" NA SOCIEDADE	9
3 DOS CRIMES DE ESTELIONATO E FURTO MEDIANTE FRAUDE	18
3.1 DO ESTELIONATO.....	19
3.2 DO FURTO MEDIANTE FRAUDE	27
4 DO ENQUADRAMENTO DA CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS	36
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	50

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar a adequação típica da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Para que se chegue ao resultado pretendido, inicialmente será feita uma introdução ao tema das fraudes envolvendo as instituições financeiras. Em um segundo momento serão analisados os crimes de estelionato e de furto mediante fraude, para que finalmente seja possível a análise da adequação típica. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias e jurisprudenciais para alcançar o objetivo almejado, que é a da adequação típica.

Palavras-chave: estelionato; furto mediante fraude; clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos; "chupa-cabra";

1 INTRODUÇÃO

Da mesma forma que no passado, a sociedade atual passa por problemas sérios relacionados à moralidade e aos bons costumes. Todos os dias verificam-se questões envolvendo a criminalidade. Os principais valores éticos e morais estão sendo deixados de lado, dando-se lugar às fraudes e à corrupção.

O presente trabalho objetiva o estudo da adequação típica da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos, um problema social de difícil resolução e que significou em prejuízos milionários às instituições financeiras e aos particulares nos últimos anos.

Vale dizer que não é objetivo desse trabalho o esgotamento do tema relacionado às fraudes e à clonagem fraudulenta de cartões magnéticos.

Inicialmente será verificado como a tecnologia tem auxiliado os criminosos nas práticas delitivas, dificultando a proteção do patrimônio das pessoas na sociedade atual.

Também será demonstrado como ter um cartão de crédito é abrir uma nova porta para um perigo que é a clonagem de cartões e a utilização de fraudes.

Em um segundo momento serão trabalhados os crimes de estelionato e de furto mediante fraude, sem o intuito do exaurimento de suas análises.

Será demonstrado como a fraude está presente nas primeiras relações sociais desde, em que os homens dissimulavam seus verdadeiros sentimentos, intenções para a obtenção de vantagens indevidas.

Também será verificado como uma determinada conduta pode ser enquadrada ao crime de estelionato ou no de furto mediante fraude. O tipo subjetivo e o tipo objetivo dos referidos crimes serão discutidos utilizando-se as principais questões doutrinárias.

Isso será fundamental para se chegar à adequação típica do "chupa-cabra", outra nomenclatura dada à clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos.

Para que a adequação seja possível, ou seja, para que o objetivo desse trabalho seja atingido, alguns julgados de Tribunais Superiores de grande importância no Brasil serão buscados, quais sejam: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo que esse último abrange o Estado do Paraná, bem como Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e o de São Paulo.

2 DA CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS: O "CHUPA-CABRA" NA SOCIEDADE

No Brasil, assim como no mundo todo, verifica-se a presença de atividades fraudulentas e esquemas ardilosos. Muitas vezes os fraudadores são incentivados por uma coleção de motivos, dentre os quais pode-se citar a instabilidade econômica e a qualidade da legislação vigente. Os vários motivos, somados ao fato de que as elementares de prevenção não estão sendo utilizadas da maneira que deveriam, fortalecem a prática dos crimes contra o patrimônio. Cada vez mais os golpistas estão sofisticados e armam situações em que fica muito difícil desconfiar de suas manobras e por consequência dificultam o impedimento. O avanço tecnológico, que ao mesmo tempo que gera mais mecanismo de controle, serve de instrumento para a prática de fraudes mais sofisticadas.¹ Nesse ponto é importante destacar:

A informatização crescente das várias atividades desenvolvidas individual ou coletivamente na sociedade veio colocar novos instrumentos nas mãos dos criminosos, cujo alcance ainda não foi corretamente avaliado, pois surgem a cada dia novas modalidades de lesões aos mais variados bens e interesses que incumbe ao Estado tutelar; propiciando a formação de uma criminalidade específica da informática, cuja tendência é aumentar quantitativamente e, qualitativamente, aperfeiçoar os seus métodos de execução.²

Vale dizer que o acelerado desenvolvimento da tecnologia e a crescente automação e informatização das relações sociais e econômicas, fizeram com que o crime, sob o aspecto da realidade presente na sociedade, fosse se modificando e se apresentando de outras formas. A diminuição do atendimento pessoal realizado em agências bancárias, o abandono da utilização do cheque em transações correntes, a utilização da internet e dos cartões de crédito e débito, bem como o ajuste das técnicas utilizadas pelos agentes criminosos, contribuíram para a ocorrência de fraudes eletrônicas.³

¹ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Campinas, SP: Printed, 2000. p.09.

² LUCCA, Newton de. **Direito e Internet**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p.240.

³ LIMA FILHO, Geraldo Vilar Correia. **A adequada tipificação do saque em caixa eletrônico com uso de cartão clonado**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3176, 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21264>>. Acesso em: 14 out. 2015.

Em 2014, no Brasil, os dois bancos públicos, quais sejam a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, juntos perderam aproximadamente R\$ 478,8 milhões com saques fraudulentos, falhas de segurança e outras ilegalidades. De acordo com os relatórios contábeis, a Caixa teve um prejuízo de R\$ 249,8 milhões de unicamente com saques ilegais, e de R\$ 78,6 milhões com cartões de crédito. Já o Banco de Brasil BB teve um prejuízo de R\$ 228,9 milhões incluindo-se cartões clonados. A área na segurança dos sistemas da Caixa fez com que os saques fraudulentos aumentassem mais de 83%, em comparação ao ano de 2013. Vale dizer que a perda com as fraudes chega a atingir R\$ 1,5 milhão/dia, sendo que quem paga é o cliente, vítima dos juros e tarifas consideradas elevadas em comparação a outros países.⁴ Nesse ponto é importante destacar a importância do cartão magnético na sociedade atual:

Instrumento útil de consumo, o cartão de crédito pode virar uma armadilha contra o usuário. Não é de hoje que a principal função do cartão de crédito é facilitar a vida do consumidor: seja porque o livra de carregar dinheiro vivo quando vai às compras, a bares e restaurantes ou quando sai em viagem, seja porque permite adiar o pagamento de despesas e, com isso, ajuda o usuário a sair de um aperto financeiro momentâneo.

Desde que mantidas as despesas sob controle e pagas as faturas no vencimento, integralmente, o cartão pode, de fato, ser um instrumento útil de consumo. Caso contrário, também pode levar seu portador a perder o controle de suas contas, uma vez que as taxas de juros cobradas no parcelamento da dívida ou em caso de atraso são as mais altas do mercado. Mas não são apenas essas as condições a serem analisadas pelo consumidor. Por exemplo, existe um custo para que se possa ter e usar um cartão. Por esse valor, além da administração, do envio do cartão e das faturas e do pagamento aos lojistas, as empresas devem prestar outros tipos de serviços ao usuário, como oferecer sistemas seguros de utilização. É nesse ponto, o da segurança, porém, que as estatísticas indicam a existência de muitas falhas.⁵

Vale dizer que a fraude é considerada qualquer artifício, artilo ou artimanha utilizados pelo agente durante o contexto fático do crime a fim de se conseguir chegar ao resultado pretendido. Existem situações que a fraude é utilizada para distrair a vítima ou aproximação do agente dos bens que se pretende furtar.⁶

De qualquer forma, é importante destacar que as fraudes que envolvem cartões de crédito, além de crescentes, estão se apresentando de forma cada vez

⁴ HUMBERTO, Claudio. **Bancos Públicos: Caixa e BB Perderam Meio Bilhão com Fraudes**. Disponível em <<http://www.diariodopoder.com.br/noticia.php?i=30271527584>> acesso em 15 de outubro de 2015.

⁵ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.55.

⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 338.

mais sofisticada. Clonagem de cartões, quebra de sigilo de senha, compras irregulares, transferências irregulares de dinheiro e as operações ilegais feitas por terceiros que se utilizaram do extravio de cartão, são consideradas as fraudes mais comuns e frequentes relacionadas aos cartões magnéticos.⁷ O "chupa-cabra", nesse momento, merece uma explicação mais detalhada por ser uma das modalidades mais comuns de fraude.

O "chupa-cabra" é lembrado como uma suposta criatura a qual se atribuiu diversos ataques a animais na América nos anos 90. Esses ataques sem explicações eram feitos aos animais nas zonas rurais, o que alarmou as pessoas em todo o continente. No Brasil vários foram os relatos do caso, sendo que esse assunto foi presente nos noticiários da época por vários meses. Os ataques eram em regiões muito diversas e distantes uma das outras. As mortes, muito parecidas, foram atribuídas ao suposto animal conhecido como "chupa-cabra", mesmo que suas vítimas não fossem apenas cabras.⁸ Afastando-se da cultura popular unicamente citada, o "chupa-cabra" na sociedade atual é a denominação popular e policialesca que se dá para certas modalidades de clonagem e utilização fraudulentas de cartões magnéticos.

De todas as formas de golpes, envolvendo os cartões magnéticos, a forma mais conhecida é a da clonagem. Vale dizer que a diversidade de consultas e de reclamações aos órgãos de proteção do consumidor, relacionadas às fraudes, tem colocado os cartões em "xeque". Para a prática da clonagem os dados reais do portador são obtidos pela invasão dos computadores de bancos, administradoras ou do próprio usuário, via Internet. Muitas vezes os dados também são repassados aos golpistas por funcionários desonestos que tenham acesso a uma base de dados do cliente. Quando na posse dos dados, o falsário imprime as informações na tarja magnética de um cartão virgem, em geral distribuído pela máfia chinesa. O número em alto-relevo é impresso em máquinas adquiridas de fornecedores de equipamentos gráficos. O golpe só é descoberto quando os administradores solicitam a investigação policial.⁹

⁷ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.57.

⁸ GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Chupa-Cabra**. Disponível em <<http://www.infoescola.com/curiosidades/chupa-cabra/>> Acesso em 10 de outubro de 2015.

⁹ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.59.

Os fraudadores de cartões magnéticos são popularmente chamados de “cartãozeiros”. Eles possuem diversas táticas que fazem com que o dono do cartão sofra o golpe. Hoje, ainda com a implantação de cartões com chip no mercado, verifica-se a existência de fraudes envolvendo cartões magnéticos na sociedade. Não poucas vezes a ação é realizada em um caixa eletrônico em uma agência bancária, em que os bandidos colocam o “chupa-cabra”, que é aparelho usado para copiar as trilhas magnéticas do cartão, no leitor de cartões e, em outro local fazem a filmagem do cliente digitando a senha.¹⁰ Em outras palavras o “chupa-cabra”:

Trata-se de uma leitora portátil de tarjas magnéticas, muito usada em postos de gasolina. Quando o cliente entrega o cartão, este é inserido no aparelho, geralmente preso ao pescoço do fraudador por um cordão escondido sob o jaleco. Depois, os dados são descarregados num computador.¹¹

Os aparelhos que roubam a identificação magnética dos cartões são leitoras comuns alteradas para a gravação de códigos que podem ser reproduzidos em outros cartões. No entanto, a utilização deste método é um tanto grosseira para os padrões tecnológicos da atualidade. Infelizmente, a tecnologia também chega para auxiliar organizações criminosas e usuários mal-intencionados.¹² E o Brasil é um dos primeiros colocados quando o assunto é fraude:

Atualmente, o Brasil é um dos primeiros colocados nas estatísticas de fraude no mundo inteiro. Providências, portanto, devem ser tomadas, como por exemplo, investimento em tecnologia, para que o consumidor esteja menos exposto a fraudes. Um outro aspecto a ser criticado é a tentativa das administradoras de cartões de crédito de abocanhar fatias cada vez maiores no mercado. Essas administradoras passaram a adotar táticas agressivas de conquista de clientes, enviando cartões para a residência das pessoas sem solicitação prévia. De acordo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, as empresas estão proibidas de enviar cartões para o consumidor sem solicitação prévia.¹³

¹⁰ BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos**. Disponível em < <http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

¹¹ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.63.

¹² BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos**. Disponível em < <http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

¹³ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.53.

E ainda que as penas se tornem mais severas com a criminalidade dia após dia, há quem defenda que as penas se tornarão mais brandas em um futuro próximo:

Apesar do previsto aumento da criminalidade, as penas não de tornar-se mais suaves. À primeira vista, isso parece paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais duras. E também surpreenderá aquele que tenha observado que, nos últimos anos, a modo político-criminal tem tendido para um enrijecimento do direito penal, e isto não é somente na Alemanha. Fenômenos como a criminalidade organizada, ainda não suficientemente investigada nem jurídica nem criminologicamente, o que a faz portanto causadora de muita insegurança, e também o medo da criminalidade entre os cidadãos, aumentado pelas reportagens da mídia, tornam a exigência de penas mais duras um meio cômodo para que muitos políticos consigam votos. Ainda assim, penso que este desenvolvimento se trate de uma oscilação cíclica, a que a criminalidade sempre volta a submeter-se após certo período de tempo. A longo prazo, suponho que este desenvolvimento leve, com certa necessidade, a uma nova suavização das penas. Pois a mais severa de nossas atuais sanções, a pena privativa de liberdade, que dominou o cenário das penas nos países europeus desde a abolições dos castigos corporais, tem seu ápice bem atrás de si, e vai retroceder cada vez mais.¹⁴

Vale dizer que as penas para os crimes de estelionato (artigo 171, *caput* do Código Penal) e furto mediante fraude (artigo 155, §4º, II do Código Penal) são relativamente brandas. Para o crime de estelionato a pena é de reclusão de 01 a cinco anos e multa, sendo que para o crime de furto mediante fraude a pena é de reclusão de dois a oito anos e multa.¹⁵

Não raras vezes, a fraude de cartões magnéticos está relacionada a quadrilhas com ramificações internacionais com, inclusive, ligações com o tráfico de drogas. É importante afirmar que em um ano, a polícia estima que os golpes com cartões atinjam, no Brasil, algo em torno de 400 milhões de dólares, o que representa cerca de 1,5% de todas as transações feitas com cartões no país. Constata-se, ainda, que uma das principais bases dessas máfias de cartões está no Paraguai.¹⁶

Como está sendo verificado, ter um cartão de crédito é abrir uma nova porta para um perigo quase iminente aos usuários do dinheiro de plástico. Vale dizer que os cartões magnéticos são clonados de maneira grosseira por todos os cantos do

¹⁴ ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, ago. 2001. p. 468.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

¹⁶ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano.** Op. cit. p.59.

país. Em 2009, somente no primeiro semestre, o prejuízo causado por este tipo de fraude já havia ultrapassado a casa dos 31 milhões de reais.¹⁷ E os cartões internacionais são os mais visados para a concretização dos crimes:

As fraudes são uma festa para os espertalhões dos mais variados sotaques, que atacam sobretudo cartões internacionais. Além disso, os golpes revelam também falta de critério na expedição desses cartões. As administradoras apenas fazem uma consulta superficial, conferindo se o candidato tem restrições cadastrais; não se preocupam em saber se ele realmente solicitou o cartão. O que acontece, em geral, é que os fraudadores se aproveitam da fragilidade do sistema de distribuição de cartões e das penas brandas praticadas pela Justiça. E o consumidor fica na ponta mais fraca da corda. No entanto, sabe-se que as companhias estão se armando para enfrentar esses problemas. Uma delas implantou um software que analisa em tempo real o histórico do usuário e, constatado desvio no comportamento padrão do usuário, bloqueia as transações. Estas serão liberadas apenas quando o titular do cartão entrar em contato com a administradora, provando que tudo está dentro da normalidade. Com tais controles, a empresa espera chegar mais rapidamente aos fraudadores. Porém, isso não é suficiente.¹⁸

Com a criação dos sites bancários e a crescente utilização do sistema *home-banking*, os fraudadores somente necessitam encontrar um arquivo espião para roubarem a senha e o número de cartão de crédito dos computadores de suas vítimas. A utilização de e-mails fraudulentos, tornou-se uma prática comum, em que são encaminhados comunicados da Receita Federal, Caixa Econômica Federal e de outros bancos brasileiros ou até mesmo do exterior. Ademais, é importante afirmar que o processo de clonagem é muito simples, mas exige a utilização de equipamentos que custam em média 10 mil dólares. Nesses casos, o falsário utiliza réplicas quase idênticas aos cartões originais das diversas operadoras. A falsificação é realizada pelas quadrilhas, que se utilizam de impressoras de cartões, máquinas para criação de hologramas, impressão das letras em alto relevo e diversos outros equipamentos. Como já foi explanado, esse tipo de quadrilha altamente especializada é mais frequente em países estrangeiros. No Brasil, as falsificações grosseiras são mais comuns.¹⁹

¹⁷ BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos**. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

¹⁸ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.60.

¹⁹ BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos**. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

Seja qual for a modalidade de fraude empregada, a responsabilidade pela apuração dos motivos que levam às diversas fraude é da administradora dos cartões ou do banco. Quando são contratados, recebem pelos serviços prestados quantias que incluem a segurança das operações realizadas pela empresa. Mas o consumidor também pode colaborar para evitar as fraudes nos cartões. Várias são as formas de se evitar fraudes com o cartão magnético, quais sejam: deixar de realizar o empréstimo do cartão a terceiros, devendo sempre acompanhar o processo de pagamento; não fornecer dados pessoais por telefone; certificar-se que o valor na hora compra está correto; comunicação à central de atendimento do cartão quando desconfiar da fraude; entre outras.²⁰

Outros cuidados também podem ser observados para a diminuição da prática de fraudes: no caso de o cartão ficar preso na máquina da loja ou no caixa eletrônico, deve-se procurar anular a operação realizada ou cancelar a compra, bem como ser procedida a comunicação imediata do banco. A não-aceitação de ajuda de estranhos também é uma forma de se evitar fraudes com cartões magnéticos. Além dessas medidas de segurança, também é importante destacar que a senha do cartão magnético deve ser digitada de modo que ninguém a possa copiar.²¹ Observando-se o cuidado com a prevenção, pode-se afirmar:

Outro caminho através do qual se poderia tentar a eliminação ou uma extensa redução da criminalidade e, com ela, do direito penal, seria não a redução do controle estatal, mas inversamente, seu fortalecimento através de uma abrangente vigilância de todos os cidadãos.

De fato, pode-se verificar que sociedades liberais e democráticas possuem uma criminalidade maior que ditaduras. Mas também um país livre e em que existe um estado de direito, como o Japão, tem uma criminalidade sensivelmente menor que a dos estados industriais do ocidente. Isto costuma ser explicado com o fato de a estrutura social japonesa ser bem menos individualista que a ocidental. O indivíduo está submetido, portanto a um controle social (através da família, dos vizinhos e de uma polícia que aparece como assistente) consideravelmente mais intenso, o que dificulta o comportamento desviante. (...)

Surge então a pergunta se, através de uma vigilância tão perfeita quanto possível, se pode e deve levar a criminalidade ao desaparecimento. O direito penal seria, assim somente uma última rede de interceptação daqueles atos que não se conseguissem evitar desta maneira. Estes

²⁰ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.57/58..

²¹ BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos**. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

poderiam ser tratados de modo suave, conseguindo-se quase que uma abolição das sanções repressivas.²²

Mesmo que sejam tomadas essas medidas pelo usuário de cartões magnéticos, as fraudes ainda estarão presentes na sociedade atual. De uma forma mais crítica, há doutrinadores que afirmam que o ambiente atual no Brasil colabora para as práticas delitivas:

No Brasil, o número de fraudes aumentou também porque o ambiente favorece a corrupção. O brasileiro paga propina para se livrar de multas de trânsito, suborna fiscais para enganar o fisco, fraudar balanços nas empresas e rouba a previdência. No entanto, não é nem mais nem menos sem-vergonha do que ninguém. A diferença é que, no Brasil, existe um ambiente que favorece muito a corrupção. Os pequenos subornos do dia-a-dia, como o do policial ou o do fiscal, acabam espalhando um clima de tolerância que faz com que as pessoas não se importem com a grande corrupção. É um desvio de conduta, que se torna pior porque o mau exemplo vem de cima, de governantes e de empresários.²³

Deixando essa crítica pontual de lado, é importante destacar que muito embora as fraudes sejam um problema de difícil resolução, o Direito Penal se apresenta como protetor dos bens jurídicos mais importantes destacados em uma determinada sociedade:

Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. Quando dissermos ser político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, é porque a sociedade, dia após dia, evolui. Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereciam a proteção do Direito Penal, hoje já não gozam desse status.²⁴

E essa proteção é realizada com a aplicação de normas penais incriminadoras, que são aquelas que definem as infrações penais e fixam as respectivas penas. São também conhecidas como tipos penais. Vale dizer que essas normas possuem duas partes. Uma que descreve as condutas típicas, ou seja, os elementos necessários para que um determinado fato seja considerado

²² ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, ago. 2001. p. 462.

²³ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano.** Op. cit. p.11.

²⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial.** vol. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.02.

criminoso. Na segunda parte da norma incriminadora a lei prevê a pena que deve ser aplicada a quem realizar a conduta típica.²⁵

²⁵GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. Op. cit. p. 59/60.

3 DOS CRIMES DE ESTELIONATO E FURTO MEDIANTE FRAUDE

Como foi verificado no capítulo anterior, a clonagem e a utilização fraudulenta de cartões magnéticos, prática popularmente conhecida como "chupa-cabra", tem se apresentado como um problema social de difícil resolução. A tecnologia intensificou as diversas formas de fraudes, e a sociedade clama por uma solução. Nesse ponto, os operadores do Direito devem se preocupar com a melhor forma de enquadramento dos fatos aos tipos penais:

(...) as decisões judiciais em matéria criminal, mais que quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação da certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permitam o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica.²⁶

Nesse ínterim, para o melhor entendimento da prática do "chupa cabra", necessária é a análise preliminar da dicotomia estelionato (artigo 171, *caput* do Código Penal) e furto mediante fraude (artigo 155, §4º, II do Código Penal), mesmo sem objetivar o esgotamento da análise dos dois tipos penais, para que, após o conhecimento desses dois crimes, se possa concluir em qual deles se enquadra a utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Vale dizer que esses crimes são considerados dolosos, representando pois o segmento principal da criminalidade:

O tipo de injusto doloso é estudado nas categorias de *tipo objetivo* e de *tipo subjetivo*, introduzidas pelo finalismo na estrutura do fato punível. Do ponto de vista da gênese da ação típica, esse estudo deveria começar pelo tipo subjetivo porque o dolo representa a energia psíquica produtora da ação incriminada - portanto, o tipo subjetivo precede funcional e logicamente o tipo objetivo. Contudo, porque o crime manifesta sua existência como realidade objetivada, cuja configuração concreta é o ponto de partida da pesquisa empírica do fato criminoso, o tipo objetivo constitui a base do processo analítico de (re)construção do conceito de crime.²⁷

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 29/30.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 113.

3.1 DO ESTELIONATO

O artigo 171, *caput*, do Código Penal Brasileiro tipifica o crime de estelionato na seguinte redação: "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". E sobre o núcleo do tipo, bem pondera Damásio de Jesus:

O núcleo do tipo é o verbo "obter". Dessa forma, para a existência do delito é imprescindível que o sujeito obtenha vantagem ilícita. Em outros termos, o CP exige a produção do resultado duplo (vantagem ilícita em prejuízo alheio). Por isso, exigindo o tipo a produção do resultado, o crime é material e não formal.²⁸

Segundo Greco, desde as primeiras relações sociais, o homem se utilizou da fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos, intenções, ou seja, tentou de alguma forma ocultar ou falsear a verdade para obter vantagens que em tese lhe seriam indevidas.²⁹ Nesse ponto é importante destacar:

O estelionato tem uma característica especial em face dos demais ataques contra o bem jurídico patrimônio, consistente na sagacidade do agente, que utiliza sua capacidade de convencimento para iludir a vítima, de tal modo a fazer com que esta ceda ou ao menos diminua a vigilância sobre o objeto atacado.³⁰

Assim, o estelionato é a prática de condutas pelo homem civilizado, arguto, que se aproveita das relações complexas da vida moderna para enganar outra pessoa, com a utilização da malícia humana que não encontra freios que a impeçam de levar ao engano os incautos.³¹

Vale dizer que a prática de fraude é verificada em outros momentos históricos, não sendo presente unicamente na sociedade atual, como se pode perceber na Bíblia, na história de Jacó e de seu pai Isaque, na qual não ensejava uma infração penal:

²⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. vol. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 282.

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 258.

³⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 545.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. vol. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 301.

Como seu irmão tinha o direito de primogenitura, deveria receber a bênção de seu pai, que já se encontrava avançado em idade, prestes a morrer. Jacó, no entanto, induzido por sua mãe, almejando receber a bênção no lugar de seu irmão, aproveitando-se do fato de que seu pai já não mais enxergava, se fez passar por Esaú. Como Esaú tinha muitos pêlos sobre o corpo, ao contrário de Jacó, este, a fim de enganar o pai, cobriu as mãos e a lisura do pescoço com pele de cabrito e foi em busca do seu propósito. A Bíblia nos conta que Isaque, depois de colocar as mãos sobre o corpo do filho, embora desconfiasse da voz, sentiu-se seguro por encontrar os pêlos em seu corpo e, depois de beijá-lo, abençoou-o (...).³²

E vários critérios foram sugeridos para se distinguir a fraude penal da fraude civil, ou seja, casos que ensejariam o cometimento de crimes, como é o caso do estelionato, ou casos em que configurariam mero ilícito civil impunível. Na verdade, não há diferença ontológica, entre a fraude civil e a penal, sendo a fraude uma só. O que importa verificar, pois, é se, em determinada circunstância, os requisitos do estelionato foram preenchidos, caso em que o fato é punível, sejam quais forem as relações e a modalidade.³³ Nesse ponto bem pondera Greco:

Na verdade, quem determina a gravidade da fraude e, conseqüentemente, a necessidade de criação da figura típica é o legislador, que atua movido por razões de política-criminal, que variam de acordo com cada momento pelo qual se passa a sociedade. Assim, não há, na verdade, qualquer critério predeterminado que tenha o condão de traçar, com precisão, a diferença entre fraude civil e fraude penal, pois que até a valoração de sua intensidade é levada a efeito de acordo com o sentimento político de cada época. Dessa forma, o que antes poderia ser entendido como fraude de natureza civil amanhã já poderá receber a valoração exigida pelo Direito Penal.³⁴

Agora que foi verificada a inexistência de diferenças ontológicas entre a fraude penal e a fraude civil, é importante entender o significado da palavra estelionato. Vale dizer que o estelionato deriva da palavra *stellio*, que significa lagarto que muda de cores, iludindo os insetos de que se alimenta. E é bem dessa forma que age o estelionatário, empregando meios fraudulentos, induzindo alguém em erro ou mantendo-o nessa situação e conseguindo, assim, uma vantagem indevida para si ou para outrem, causando prejuízos patrimoniais a alguém. Dessa forma se verifica que o estelionato somente pode existir após a ocorrência de uma fraude.³⁵

³² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 258/259.

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 302.

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 260.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 301.

Como está sendo verificado, a fraude, por tanto, é considerada necessária no crime de estelionato, sendo que para sua identificação é necessária a análise dos seguintes elementos, integrantes da figura típica:

a) conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; b) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro; c) a vítima é induzida ou mantida em erro; d) o agente se vale de um artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim.

O crime de estelionato é regido pelo binômio *vantagem ilícita /prejuízo alheio*. A conduta do agente, portanto deve ser dirigida a obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Assim, de acordo com a redação legal, a primeira indagação seria no sentido de saber o significado da expressão *vantagem ilícita*. Ilícita é a vantagem que não encontra amparo no ordenamento jurídico, sendo, na verdade, contrária a ele.³⁶

No crime de estelionato, o sujeito ativo é quem induz ou mantém a vítima em erro, empregando artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, mas em hipótese de concurso de agentes é admissível que um sujeito empregue a fraude contra a vítima, enquanto o outro receba a indevida vantagem patrimonial. Assim qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. Ademais, vale dizer que a vantagem indevida pode ser obtida para terceiro também, sendo que esse terceiro também cometerá o crime, uma vez que é o destinatário doloso do proveito ilícito.³⁷

Nesse sentido também é importante acrescentar que além de qualquer pessoa poder ser sujeito ativo do crime de estelionato, o tipo penal não exige, para efeitos de seu reconhecimento, qualidade ou condição especial daquele que pratica o comportamento típico.³⁸

Quanto ao sujeito passivo é importante elencar que corresponde à pessoa enganada e que sofre o prejuízo material, sendo que nada impede a existência de dois sujeitos, um que sofre o prejuízo material e o outro que é enganado. Um requisito importante é que a vítima seja determinada, caso contrário há crime contra a economia popular e não estelionato.³⁹

A doutrina ainda se atenta para o fato de que se o enganado por irresponsável, ou seja, menor/louco, poderá ocorrer o crime de furto ou abuso de incapazes (artigo 173 do Código Penal) e não o crime de estelionato.⁴⁰

³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 260.

³⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 481/482.

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 264.

³⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 481/482.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 303.

Ainda é necessário destacar a possibilidade de concurso de agentes para a prática do crime de estelionato, observada a hipótese de ausência de crime quando não souber que o que recebe é produto de crime:

O *caput* do art. 171 do Código Penal determina que a vantagem ilícita seja para o próprio agente ou para terceiro. Nesse caso o terceiro pode, inclusive, não saber que aquilo que recebe do agente é produto de crime, não podendo ser responsabilizado pelo delito de estelionato, a não ser que atue mediante o concurso de pessoas, previsto pelo art. 29 do Código Penal.⁴¹

O legislador quando tipifica o crime de estelionato busca a proteção do patrimônio. Nesse ínterim é importante a delimitação do bem jurídico tutelado pelo artigo 171 do Código Penal. Como bem explica o doutrinador Paulo Cesar Busato, além do bem jurídico violado ser o patrimônio no crime de estelionato, existe também uma ofensa à fé pública:

A princípio, o bem jurídico violado é o patrimônio. Portanto, a vítima deverá ser o titular do patrimônio atingido. Nada impede, porém, que a pessoa enganada ou mantida em erro pelo autor seja pessoa diversa daquela que sofre a ofensa patrimonial. Há quem sustente que, na modalidade fundamental, ou seja, na modalidade do art. 171, *caput*, do Código Penal, além de um ataque ao patrimônio, existe também uma ofensa à fé pública, que decorre do engano imposto à vítima, pelo que se entende que o crime é pluriofensivo.⁴²

A doutrina ainda cita outros bens juridicamente protegidos pela tipificação do crime de estelionato, embora apareçam em caráter secundário, quais sejam: a boa-fé, segurança, fidelidade e veracidade dos negócios-jurídicos patrimoniais. De qualquer sorte, o estelionato é um crime contra o patrimônio.⁴³

Agora que foi compreendido o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é importante o entendimento da natureza da vantagem ilícita, ou seja, da vantagem que não encontra amparo no ordenamento jurídico, também presente no tipo penal de estelionato:

(...) encontrando-se o tipo penal que prevê o delito de estelionato inserido no Título II do Código Penal, corresponde aos crimes contra o patrimônio, o raciocínio não poderia ser outro senão em afirmar que a vantagem ilícita, obtida pelo agente, deve ter natureza econômica. Assim qualquer vantagem economicamente apreciável poderá se amoldar ao delito em estudo, seja

⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 261.

⁴² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 546.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 303.

ela a obtenção de coisa móvel, imóvel, direitos pertencentes à vítima, enfim, qualquer vantagem em que se possa apontar sua essência econômica. Caso contrário, ou o fato será atípico, ou poderá se consubstanciar em outras infrações penais em que a fraude faça parte do tipo penal, tal como ocorre nos crimes contra costumes, com o delito de atentado ao pudor mediante fraude, tipificado no art. 216 do Código Penal.

Além da vantagem ilícita obtida pelo agente como seu comportamento, a vítima sofre prejuízo, também de natureza econômica.⁴⁴

Assim, além de obter a vantagem ilícita é importante que venha a causar prejuízo à vítima, sendo esse prejuízo efetivo e não potencial. É admissível que o sujeito consiga a vantagem ilícita, mas que ela não cause prejuízo a terceiro. Quando isso ocorrer, há que se falar em tentativa do crime de estelionato. A vantagem obrigatoriamente tem que ser ilícita, porque se lícita, em regra pode existir o crime do art. 345 do Código Penal, ou seja, o crime de exercício arbitrário das próprias razões.⁴⁵

Uma questão de análise necessária é quanto a utilização das palavras "mediante artifício, ardil" no tipo penal de estelionato:

Na verdade, conforme se verifica pela interpretação analógica determinada pelo *caput* do art. 171 do Código Penal, artifício e ardil fazem parte do gênero fraude, isto é, o engano, a artimanha do agente, no sentido de fazer com que a vítima incorra em erro ou, pelo menos, nele permaneça. Qualquer meio fraudulento utilizado pelo agente, seja mediante dissimulações, seja até mesmo uma *reticência maliciosa*, que faça a vítima incorrer e erro, já será suficiente para o raciocínio relativo ao delito de estelionato. No que diz respeito à reticência maliciosa, Hungria fornecia o exemplo do colecionador que adquiria de alguém, sem qualquer experiência no ramo de antiguidades ou raridades, uma peça de grande valor, por preço irrisório, por desconhecer a sua importância, fazendo com que a vítima permanecesse em erro com relação ao valor do bem que estava sendo vendido.⁴⁶

Mas de qualquer forma, mesmo que façam parte do gênero fraude, é importante explicar o que de fato consiste nas palavras artifício e ardil. Artifício existe quando o aspecto material da coisa é modificado pelo agente, mesmo que de forma aparente, pela utilização de um aparato, figurando entre esses meios o documento falso ou outra falsificação qualquer, o disfarce, a alteração de aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz, entre outros. Ardil é a sutileza, a astúcia, conversa enganosa, ou seja é a forma de fraude de aspecto intelectual. A mentira, quando

⁴⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 261.

⁴⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 483.

⁴⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 262.

hábil a enganar, também configura o arдил.⁴⁷ Edgard Magalhães Noronha é citado como um dos doutrinados que procuram explicar a diferença do artifício do arдил:

Artifício, lexicologicamente, significa produto de arte, trabalho de artistas. Nesse sentido, portanto, pode-se dizer haver artifício quando há certo aparato, quando se recorre à arte, para mistificar alguém.

Pode o artifício manifestar-se por vários modos: consistir-se em palavras, gestos ou atos; ser ostensivo ou tácito; explícito ou implícito; e exteriorizar-se em ação ou omissão.

Quanto ao arдил, dão-nos os dicionários os sinônimos de astúcia, manha e sutileza. Já não é de natureza tão material quanto o artifício, porém mais intelectual. Dirige-se diretamente à psique do indivíduo, ou, na expressão de Manzini, à sua inteligência ou sentimento, de modo que provoque erro mediante *falsa aparência lógica e sentimental*, isto é, excitando ou determinando no sujeito passivo convicção, paixão, ou emoção, e criando destarte motivos ilusórios à ação ou omissão desejada pelo sujeito ativo.⁴⁸

Uma questão que deve ser destacada é que o meio fraudulento deve ser idôneo a enganar a vítima. Vale dizer que a idoneidade do meio deve ser pesquisada no caso em concreto, inclusive tendo-se em vista as condições pessoais da vítima. Há apenas crime impossível, se o meio empregado pelo agente não é idôneo a provocar o erro com relação à vítima. É considerado um caso comum de crime impossível é a utilização de falsificação grosseira, perceptível a qualquer pessoa, ou aquela que não existe a preocupação da *imitatio veri*. Também é evidente que, desde que o engano é produzido ou mantido, seguindo-se a locupletação ilícita, não há que se falar em idoneidade do meio iludente empregado, considerado *in abstracto*.⁴⁹ Assim bem pondera Damásio de Jesus:

O meio executivo deve ser apto a enganar a vítima. Tratando-se de meio grotesco, que facilmente demonstra a intenção fraudulenta, não há nem tentativa, por atipicidade do fato.

Erro é a falsa percepção da realidade. A vítima, em face da conduta fraudulenta do sujeito, é levada a erro. Podem ocorrer duas hipóteses:

I - a vítima é *induzida* a erro pela conduta do sujeito;

II - a vítima é *mantida* em erro.

No primeiro caso, o sujeito ativo induz o ofendido a erro, mediante fraude. No segundo, o sujeito passivo já incidiu em erro espontâneo, que é mantido pelo artifício, arдил ou qual outro meio fraudulento.⁵⁰

Quanto à consumação e à tentativa do crime de estelionato, verifica-se que por se tratar de crime material, o estelionato se consuma quando ao agente obtém a

⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 303.

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 262.

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 304/305.

⁵⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 483.

vantagem ilícita, em prejuízo da vítima. Isso posto, verifica-se que para o reconhecimento da consumação do estelionato, deve ocorrer a afirmação do binômio vantagem ilícita e prejuízo alheio. A tentativa ocorreria quando iniciados os atos de execução, configurados na fraude empregada, o agente não conseguisse a obtenção da vantagem ilícita por circunstâncias alheias à sua vontade.⁵¹ Ainda sobre a tentativa no crime de estelionato é possível a explicação com a utilização de exemplo:

A tentativa é admissível quando o sujeito, enganando a vítima, não obtém o a vantagem ilícita, ou obtendo-a, não causa prejuízo a ela ou a terceiro. Ex.: no conto do bilhete premiado, enganado o ofendido, o sujeito é surpreendido no momento em que está recebendo o dinheiro.⁵²

Nesse ponto é importante a análise do tipo subjetivo do crime de estelionato, mas para tanto é necessário inicialmente a explicação do significado de dolo:

O elemento subjetivo *geral* dos tipos dolosos é o dolo, a energia psíquica produtora da ação incriminada, que normalmente preenche todo o tipo subjetivo; às vezes aparecem, ao lado do dolo, elementos subjetivos especiais, sob a forma de *intenções* ou de *tendências* especiais ou de *atitudes pessoais* necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamentos criminosos, que também integram o tipo subjetivo. O estudo do tipo subjetivo dos crimes dolosos tem por objeto o dolo (elemento subjetivo geral), e as intenções, tendências ou atitudes pessoais (elementos subjetivos especiais), existentes em conjunto com o dolo em determinados delitos.⁵³

Vale dizer que o estelionato só é previsto na modalidade dolosa, não existindo a modalidade de natureza culposa. Dessa forma, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, a fim de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio.⁵⁴ Em outras palavras:

O estelionato só é punível a título de dolo, que consiste na vontade de enganar a vítima, dela obtendo vantagem ilícita, em prejuízo alheio, empregando artifício, ardil ou outro meio fraudulento. É necessário que o sujeito tenha consciência da ilicitude da vantagem que obtém da vítima. O tipo requer um segundo elemento subjetivo, contido na expressão "para si ou para outrem". Não há fraude culposa. Em face disso o estelionato só

⁵¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 265.

⁵² JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 484.

⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. *Op. cit.* p. 125.

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 265.

pode ser punível a título de dolo. A denominada fraude culposa constitui fato atípico.⁵⁵

Dessa forma verifica-se a existência de um especial fim de agir consistente no ânimo de assenhoreamento definitivo ou de transferência da coisa para um terceiro, contida na expressão para si ou para outrem.⁵⁶

Mesmo sem o exaurimento da matéria relacionada ao crime de estelionato, que é muito mais ampla, convém ao menos citar as diversas outras modalidades de fraudes previstas no artigo 171 do Código Penal para, após, iniciar-se a compreensão do segundo crime objeto deste capítulo, qual seja, furto mediante fraude: estelionato privilegiado (artigo 171, §1º do CP); disposição de coisa alheia como própria (artigo 171, §2º, I do CP); alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (artigo 171, §2º, II do CP); defraudação de penhor (artigo 171, §2º, III do CP); fraude na entrega de coisa (artigo 171, §2º, IV do CP); fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (artigo 171, §2º, V do CP); fraude no pagamento por meio de cheque (artigo 171, §2º, VI do CP); estelionato qualificado (artigo 171, §3º do CP).

Agora que foi compreendido, pelo menos, os aspectos principais do crime de estelionato, necessária é a análise do crime de furto mediante fraude para posterior análise do enquadramento da clonagem e a utilização fraudulenta de cartões magnéticos.

⁵⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 483/484.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 548.

3.2 DO FURTO MEDIANTE FRAUDE

Por se tratar de uma qualificadora do crime de furto, por uma questão de análise sistemática, é opção desse estudo o entendimento inicial do crime de furto em sua modalidade simples para que ao final seja elencada a utilização da fraude da subtração de coisa alheia móvel.

O artigo 155 do Código Penal denota que o crime de furto é a subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem. Assim como o estelionato, está previsto no Título II do Código Penal, que reúne os crimes contra o patrimônio.⁵⁷ Quanto à existência histórica do crime de furto, bem pondera Paulo César Busato:

O furto é um crime tão antigo que já era punido no período da Lei das XII Tábuas, confundindo-se sua origem com a origem do conceito de propriedade. Na época, diferenciava-se entre o furto manifesto, quando o sujeito era surpreendido em flagrante delito, e o furto não manifesto, nos demais casos, estabelecendo-se para o primeiro penas corporais e, para o segundo, pecuniárias.

Em um segundo momento o furto passou a ser privado, punido apenas com pena pecuniária, distinguindo-se da rapina, que era o apossamento violento das coisas, e contando com várias formas específicas, conforme o objeto furtado.

As punições do Direito germânico para o furto, em contrapartida, eram bastante severas, chegando-se inclusive a determinar a morte por enforcamento para o autor do terceiro furto. Essa tendência difundiu-se por toda a Idade Média, somente refluindo em direção de penas mais brandas por influência dos movimentos filosóficos humanistas do século XVIII.⁵⁸

No Brasil, atualmente, o crime de furto simples é punível com pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa, e o qualificado do §2º, II do artigo 155 (mediante fraude) com pena de 2 a 8 anos e multa. É importante ressaltar que não há violência no crime de furto, sendo composto por diversos elementos: o núcleo *subtrair*; o especial fim de agir caracterizado pela expressão *para si ou para outrem*; bem como pelo objeto da subtração verificado nas palavras *coisa alheia móvel*.⁵⁹

Antes de iniciar-se a análise propriamente dita dos elementos do crime de furto e, por consequência, do crime de furto mediante fraude, é importante a delimitação do bem jurídico protegido pelo Código Penal. Para Damásio de Jesus, a objetividade jurídica imediata do furto é a tutela da posse; de forma secundária a

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 221.

⁵⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 404.

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 08.

proteção da propriedade. A posse seria a exteriorização dos direitos, e a propriedade o conjunto dos direitos inerentes ao uso, gozo e disposição dos bens. Assim, para esse doutrinador, de forma principal, o Código Penal tutela a situação de fato estabelecida entre o sujeito e o direito de usar, gozar e dispor de seus bens. De forma secundária, há a proteção da propriedade.⁶⁰ E esse entendimento não é pacificado:

Reina divergência na doutrina quanto à exata objetividade jurídica do tipo penal. Entende-se que é protegida diretamente a posse e, indiretamente a propriedade, ou a reverso, que a incriminação, na espécie, visa, essencial ou principalmente, à tutela da propriedade, e não da posse. Embora a propriedade e posse quase sempre se confundam num mesmo titular, não é raro que exista a diversidade de sujeitos (penhor, comodato, locação etc.), o que não torna ociosa a definição do verdadeiro objeto jurídico do crime. É inegável que o dispositivo protege não só a propriedade, como também a posse (direta ou indireta) e a detenção, devendo-se ter por primeiro o bem jurídico daquele que é afetado imediatamente pela conduta criminosa, que no caso do furto, é somente a posse quando o possuidor não é o *dominus*. É indiferente que a vítima possua a coisa em nome próprio ou alheio ou que se trate de posse ilegítima; basta que o apoderamento por parte do agente constitua ato ilegal.

Pratica furto, pois, o ladrão que furta ladrão, mesmo porque a segunda subtração torna mais distante ainda do legítimo proprietário ou possuidor.⁶¹

Greco possui o entendimento de que a mera detenção não é protegida pelo Direito Penal, pois não integra o patrimônio da vítima, não se podendo visualizar a perda que sofre o mero detentor para que se possa incluir a detenção da coisa como bem juridicamente protegido pelo tipo penal. Assim o tipo de furto protegeria a posse e a propriedade unicamente.⁶²

Uma discussão que pode se levantar, nesse momento, é como um ladrão pode ser punido por furtar outro ladrão. Nesse ponto, bem pondera Paulo César Busato:

Assim também, verifica-se que o ladrão só é punido pela subtração cometida contra o outro ladrão a partir do reconhecimento de uma ofensa à propriedade da pessoa originária, e não a posse do sujeito.

O foco aqui não é a ilicitude dessa posse, mas sim a impossibilidade de que ela possa ser reconhecida como composição legítima do seu patrimônio.

Se patrimônio é todo acervo econômico de uma pessoa, é óbvio que toda a propriedade está aí contida e somente as posses que sirvam a composição de tal acervo. Isso define o bem jurídico e o seu titular.⁶³

⁶⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 349.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 221/222.

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 14.

⁶³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 408.

Agora pode-se iniciar a análise do tipo de ação do furto simples para posteriormente trabalhar-se com a utilização da fraude. O verbo subtrair é empregado no sentido de retirar, tomar, sacar do poder de alguém coisa alheia móvel.⁶⁴ Nesse ponto é importante acrescentar:

O apossamento pode ser:

1º) direto; e

2º) indireto.

Há o apossamento direto quando o sujeito pessoalmente subtrai o objeto material. Há a forma indireta quando o sujeito se vale, por exemplo, de animais adestrados para a realização da subtração.⁶⁵

Assim, como esta sendo verificado, o núcleo do furto simples é subtrair, que corresponde na retirada do âmbito de disponibilidade do proprietário ou possuidor a coisa móvel, em favor de si próprio ou de terceiro. Vale dizer que a retirada é o foco da incriminação, tendo em vista que se trata da geração da lesão ao patrimônio alheio. Assim, a subtração ocorre quando a coisa é afastada da esfera de disponibilidade do titular.⁶⁶ Em um segundo momento, é importante a análise da finalidade de ter a coisa alheia móvel:

A finalidade de ter a coisa alheia móvel para si ou para outrem é que caracteriza o chamado *animus furandi* no delito de furto. Não basta a subtração, o arrebatamento meramente temporário, com o objetivo de devolver a coisa alheia móvel logo em seguida. É da essência do delito de furto, portanto, que a subtração ocorra com a finalidade de ter o agente a *res furtiva* para si ou para outrem. Caso contrário, seu comportamento será considerado um indiferente penal, caracterizado-se aquilo que a doutrina convencionou chamar, em nossa opinião equivocadamente, de furto de uso (...).

Também é da essência da infração penal em estudo que o seu objeto seja a coisa alheia móvel. Ao contrário do Direito Civil, o Direito Penal trabalha com um conceito natural de coisa móvel. Coisa móvel, portanto, seria tudo aquilo passível de remoção pelo agente, ou seja, tudo o que puder ser removido, retirado, mobilizado.⁶⁷

Como está sendo exposto, coisa em Direito Penal, é toda substância corpórea, material, ainda que não tangível, suscetível de apreensão e transporte, incluindo os corpos gasosos, a água captada e servida por concessionária, os instrumentos ou títulos, as partes do solo ou da casa, árvores, navios, aeronaves, e tudo que possua valor econômico, que possa ter valor de troca. Inclui-se as coisas

⁶⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 08.

⁶⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 352.

⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 409.

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 08.

que possuem também valor afetivo, como mechas de cabelo, fotografias, cartas de amor, que apesar de muitas vezes não terem valor comercial, representam alguma utilidade para quem detenha a coisa. É pacificado o entendimento de que não há furto quando da subtração de coisa que tem valor econômico irrelevante, como nos casos de um alfinete, um palito, uma flor vulgar, uma folha de papel.⁶⁸ Além disso verifica-se que animais podem ser objeto do crime de furto, e seres humanos não:

Os animais também são considerados coisa móvel para efeitos de aplicação da lei penal, da mesma forma que os cadáveres que tiverem sendo utilizados em pesquisas, por exemplo, em universidades, já não se amoldando mais à proteção que lhes foi destinada pelo Capítulo II, do Título V da Parte Especial do Código Penal, que prevê os delitos contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos.

O ser humano vivo jamais poderá se amoldar ao conceito de coisa, razão pela qual qualquer remoção forçada poderá se configurar em crime de sequestro ou cárcere privado, constrangimento ilegal ou outra infração penal que lhe seja pertinente.⁶⁹

Ademais, a *res nullius* (coisa de ninguém) e a *res derelicta* (coisa abandonada) não podem ser objeto do crime de furto. Nessas hipóteses não há a existência de crime porque não se amolda à palavra *alheia*, ou seja pertencente a alguém.⁷⁰ Agora que foi realizada a discussão sobre o tipo objetivo do crime de furto, é importante destacar quem pode ser sujeito ativo e passivo do referido crime:

Qualquer pessoa pode praticar o crime em estudo, não exigindo a lei do sujeito ativo qualquer circunstância pessoal específica. Não pratica furto, evidentemente, o legítimo possuidor, constituindo o assenhoreamento da coisa por este o crime de apropriação indébita. A posse vigiada, porém, enseja subtração; o empregado de uma fábrica é mero detentor das ferramentas com que trabalha, cometendo furto se transforma a posse transitória e precária em propriedade. Praticam furto, também, o balconista que subtrai mercadoria, o caixa que desvia dinheiro dos fregueses etc.

Sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica que tem a posse ou propriedade. Caso a coisa seja subtraída de quem tem apenas detenção desinteressada (caixa, balconista, empregado etc.), a vítima é apenas o proprietário.⁷¹

Como está sendo elencado, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do crime de furto, desde que não seja o proprietário ou o possuidor da coisa. Quando o artigo 155 determina que a coisa tem que ser alheia, não permite que o proprietário possa ser sujeito ativo, porque ele estaria subtraindo coisa móvel que lhe pertence.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 223.

⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 09.

⁷⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 351.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 222.

Entretanto, poderá responder pelo crime tipificado no artigo 346 do Código Penal o proprietário que tira, suprime, destrói ou danifica coisa própria, que estava em poder de terceiro, por determinação judicial ou convenção. Também o proprietário poderá responder pelo furto de coisa comum. Ademais, os sujeitos passivos do crime de furto são o proprietário ou o possuidor da coisa, podendo figurar, nesse caso, tanto pessoas físicas ou jurídicas.⁷²

Agora que foi analisado o tipo objetivo e foram delimitados os sujeitos ativo e passivo do crime de furto é importante a análise do tipo subjetivo:

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de "subtrair coisa móvel". é necessário que a vontade abranja o elemento normativo "alheia". Assim, não sabendo que se trata de coisa alheia, supondo-a própria, existe erro de tipo, excludente do dolo. Como o dolo constitui elemento subjetivo do tipo, a sua ausência opera a atipicidade do fato. Diante disso, o erro de tipo exclui o crime. O furto, além do dolo, exige outro elemento subjetivo do tipo, contido na elementar "para si ou para outrem", que indica o fim de assenhoreamento definitivo. Para que exista furto não é suficiente que o sujeito queira usar e gozar da coisa por poucos instantes. É necessário que aja com o denominado *animus furandi* (intenção de apoderamento definitivo).

Não se deve confundir o elemento subjetivo do tipo do crime de furto com o motivo da realização do crime. O motivo é anterior, enquanto o elemento subjetivo do tipo constitui fim posterior do sujeito. É totalmente irrelevante para a existência do delito o motivo que levou o sujeito à realização criminosa, seja vingança, seja fim de lucro, capricho, superstição, fim amoroso etc.⁷³

Como foi verificado, a vontade de subtrair configura o elemento subjetivo, falando-se em dolo específico, a expressão "para si ou para outrem". Vale dizer, o crime é doloso. Devem estar presentes a consciência e a vontade. A delimitação da consciência, do saber, deve possuir todos os elementos da pretensão de relevância, e isso inclui o fato de que a coisa pertence a terceiro. Ademais, não é possível a modalidade culposa de furto, representando hipótese de impunidade.⁷⁴

Explicado o tipo subjetivo do crime de furto, é importante a análise da consumação e da tentativa, que encontra grande divergência doutrinária:

Várias são as teorias criadas para explicar a caracterização da consumação no furto: (1) a *concretatio* (basta tocar a coisa); (2) a *apprehensio rei* (é suficiente segurá-la); (3) a *amotio* (exige-se a remoção de lugar); e (4) a *ablatio* (a coisa é colocada no local a que se destinava, em segurança). A jurisprudência consagrou uma situação intermediária entre as últimas

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 265.

⁷³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 352/353.

⁷⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 420/421.

teorias, a da *inversão da posse*, entendendo-se consumado o furto quando o agente tem a posse tranquila da coisa, ainda que por pouco tempo, fora da esfera da vigilância da vítima.⁷⁵

A consumação seria atingida, portanto, no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor. Consuma-se o crime no momento em que a vítima não pode mais exercer as faculdades inerentes à sua posse ou propriedade, instante em que o ofendido não pode mais dispor do objeto material, sendo que em alguns casos, isso ocorre ainda que não haja deslocação material da coisa. A tentativa, pois, é possível. Ocorre a tentativa quando o agente não consegue, por circunstâncias alheias à sua vontade, retirar o objeto material da esfera de proteção e vigilância da vítima.⁷⁶ Ademais, também é admissível o furto na modalidade omissiva:

O núcleo subtrair pressupõe um comportamento ativo por parte do agente, um fazer alguma coisa dirigido a tomar a coisa alheia móvel, para si ou para outrem. A conduta prevista no tipo, portanto é de natureza comissiva. Entretanto, pergunta-se: Poderá o delito de furto ser praticado por omissão? Sim, desde que o agente goze do *status* de garantidor. Assim, se tinha, por exemplo, se acordo com a alínea a do §2º do art. 13 do Código Penal, a obrigação legal de vigiar a coisa e, percebendo que seria subtraída, podendo, dolosamente, nada faz para evitar a subtração, o agente deverá ser responsabilizado pelo furto, via omissão imprópria.⁷⁷

Para o término da análise do furto simples algumas considerações são necessárias: é admissível o concurso material entre os crimes de furto e de estupro, o concurso formal de subtração de diversas coisas e o crime continuado mesmo entre o furto simples e o qualificado. A subtração de coisas de várias vítimas na mesma conduta constitui-se concurso formal de crime, o que independe do conhecimento do autor de tratar-se de objetos pertencentes a diversas pessoas, quando da realização do furto, pois, ao rapinar vários objetos, assume risco de incorrer em tal hipótese. Há crimes que são absorvidos pelo furto (a violação de domicílio, o dano no crime qualificado pelo rompimento de obstáculo).⁷⁸

Agora que foi trabalhada a hipótese de furto simples, necessária é a análise do ponto principal do estudo relacionado ao crime de furto: quando há a utilização da

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 224.

⁷⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 354.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 21.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 225.

fraude para a realização do furto, modalidade prevista no artigo 155, §4º, II do Código Penal:

O emprego da fraude também qualifica o delito de furto. Fraude, aqui, significa a utilização de meios arditos, insidiosos, fazendo com que a vítima incorra ou seja mantida em erro, a fim de que o próprio agente pratique a subtração.

A fraude, portanto, é utilizada pelo agente a fim de facilitar a subtração por ele levada a efeito. Assim, aquele que, por exemplo, querendo praticar a subtração de um aparelho de ultra-sonografia, veste-se com roupa característica do pessoal encarregado na manutenção dos aparelhos hospitalares, facilitando, dessa forma, o seu ingresso naquele lugar, bem como a retirada da coisa do seu local original, ou ainda, um caso que ficou famoso no Rio de Janeiro, onde os agentes, valendo-se de um veículo caracterizado como de propriedade do Detran, subtraíram algumas motocicletas no centro da cidade carioca, fazendo-se passar por funcionários daquele órgão que, supostamente, estavam ali para coibir estacionamentos irregulares que ocorriam em locais públicos.⁷⁹

Para o doutrinador Paulo Cesar Busato, o emprego de fraude configura a qualificadora quando há um embuste, um artil, um estratagema armado por parte do autor da subtração para facilitar-lhe o trabalho, o que leva à diminuição da vigilância ou a atenção de sua vítima, ou de pessoas que, a cargo desta, sejam colocadas para proteção do patrimônio afetado.⁸⁰ Assim:

A fraude é o meio enganoso, o embuste, o artil, o artifício empregado pelo agente para subtrair a coisa alheia. Comete furto qualificado pelo emprego de fraude quem logra ser admitido no local onde pratica a subtração afirmando, falsamente, tratar-se de funcionário de concessionário de serviço público; que distrai o balconista mandando-o em busca de mercadoria para subtrair outra; que se apresenta como convidado em uma festa para penetrar na residência em que vai furtar; que como meretriz, contrata o congresso carnal apenas para subtrair a carteira do "cliente"; que obtém as chaves do veículo de que se apodera sob o pretexto de que pretende comprá-lo.⁸¹

Assim, a fraude no crime de furto se verifica quando há um meio enganoso capaz de iludir a vigilância da vítima, permitindo uma maior facilidade na subtração do objeto material. Vale dizer que a vítima não entrega a coisa diretamente ao criminoso, mas diminui a vigilância sobre a coisa, tendo em vista o emprego da fraude. A doutrina cita o exemplo de um sujeito que se fantasia de funcionário de uma empresa da companhia telefônica para penetrar na residência da vítima e

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 33.

⁸⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 416.

⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 231.

subtrair-lhe bens, bem como no caso em que dois sujeitos entram em um estabelecimento e enquanto um distrai o ofendido, o outro lhe subtrai mercadorias.⁸²

Em outras palavras, a fraude pode qualificar o crime de furto quando ocorre a utilização de meios arditos, insidiosos, que fazem com que a vítima incorra ou se mantenha em erro, a fim de que o próprio agente pratique a subtração. A fraude, portanto, é utilizada para que a subtração seja levada a efeito. Vale dizer que no furto mediante a fraude é imprescindível que o próprio criminoso retire a coisa da vítima, e não que ela propriamente a entregue. Ardiloso é todo meio capaz de provocar a ausência momentânea do *dominus* ou atenção, que torna mais fácil a perpetração do furto. Exemplo de furto mediante fraude é presente no caso em que o agente informa à vítima que seu carro está sendo rebocado, fazendo com que essa saísse, às pressas, deixando o bem almejado pelo criminoso em cima da mesa, o que facilitou a subtração.⁸³ Outros exemplos de furto mediante fraude são citadas pela doutrina:

É o caso, por exemplo, dos comparsas que simulam brigas na rua, para chamar a atenção dos transeuntes, enquanto outros membros do grupo se ocupam de, sorrateiramente, subtrair carteiras e conteúdo de bolsas das pessoas que têm a atenção desviada para o evento. Também é o caso da simulação de que se é um pretense comprador de jóias, pedindo a apresentação de sucessivas peças, distraindo a atenção do vendedor constantemente para a vitrine, para permitir a subtração de uma das peças que lhe é disponibilizada.⁸⁴

Capez cita o furto mediante fraude envolvendo questões bancárias. Para o doutrinador, muitas vezes os criminosos realizam o furto utilizando-se de programas de computadores, o que facilita a retirada de valores das contas bancárias com a utilização da *internet*. Também citados são os casos de utilização de disfarces para a realização do furto, como por exemplo, o de encanador e o de funcionário da vigilância sanitária. De qualquer forma, verifica-se que o ardil, engodo ou meio enganoso são usados pelo agente.⁸⁵

Vale dizer que, em que se pese não existir o exaurimento da matéria relacionada ao crime de furto mediante fraude, pode-se compreender seus principais

⁸² JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 371.

⁸³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 33.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 416.

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 350.

elementos. Ainda que o presente estudo não adentrará nestas análises, convém ao menos citar as diversas outras modalidades do crime de furto então previstas no artigo 155, quais sejam: durante o repouso noturno, privilegiado, furto de energia, furto qualificado (abuso de confiança, destruição ou rompimento de obstáculo à subtração, escalada, destreza, emprego de chave falsa, mediante concurso de duas ou mais pessoas) e furto de coisa comum.⁸⁶

Agora que foram analisados os crimes de estelionato e de furto mediante fraude, é possível se chegar ao objetivo principal desse estudo: a análise do enquadramento da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos.

⁸⁶ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.35.

4 DO ENQUADRAMENTO DA CLONAGEM E UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE CARTÕES MAGNÉTICOS

O estudo dos crimes de estelionato e de furto mediante fraude foram necessários para se analisar a clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos, golpe que popularmente é conhecido como "chupa-cabra". Para uma maior compreensão do tema será necessária agora uma análise além de doutrinária, jurisprudencial, para o enquadramento legal.

A fraude já foi analisada como artifício, ardil, ou seja, foi vista como meio enganoso utilizado pelo criminoso para diminuir a vigilância da pessoa enganada ou de terceiro sobre uma determinada coisa. É importante informar que muito embora apresentem características comuns, o estelionato e o furto com fraude são diferentes, mesmo que sejam considerados crimes contra o mesmo bem jurídico protegido pelo Direito Penal, que é o patrimônio, que sejam crimes de ação penal pública incondicionada e que possuam a fraude como meio de execução. Vale dizer que esses crimes possuem diferenças bem nítidas.⁸⁷

Ademais, é importante elencar que a doutrina e a jurisprudência divergem sobre o enquadramento correto da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Inicialmente é importante destacar as diferenças entre esses dois tipos penais anteriormente citados:

O fundamento da diferença reside no fato de que no furto com fraude o comportamento ardiloso, insidioso, como regra, é utilizado para que seja facilitada a subtração pelo próprio agente dos bens pertencentes à vítima. Ao contrário, no crime de estelionato, o artifício, o ardil, o engodo são utilizados pelo agente para que, induzindo ou mantendo a vítima em erro, ela própria possa entregar-lhe a vantagem ilícita. No primeiro caso há subtração; no segundo, a própria vítima, voluntariamente, induzida ou mantida em erro, faz a entrega da vantagem ilícita ao agente. Há, portanto, o dissenso da vítima no furto com fraude, e o seu consenso no estelionato.⁸⁸

E por ter uma maior reprovabilidade, bem como por haver o dissenso da vítima na entrega da coisa no crime de furto com fraude que ele é punível com pena privativa de liberdade superior à empregada no crime de estelionato. Vale dizer que

⁸⁷ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial (arts. 121 a 212)**. v 2. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. p. 302/305.

⁸⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 49.

as penas para os crimes de estelionato previsto no artigo 171, *caput* do Código Penal corresponde à reclusão de 1 a 5 anos e multa, enquanto que para o crime de furto mediante fraude tipificado no artigo 155, §4º, II do Código Penal prevê a pena de reclusão de dois a oito anos e multa.

Como está sendo verificado, diversas são as diferenças entre os dois crimes, sendo que o caso se torna mais complexo quando a própria vítima entrega o bem em decorrência de uma fraude. Assim os crimes não se confundem, sendo que no furto o bem é subtraído, enquanto que no estelionato, a vítima entrega o bem:

O tema torna-se um pouco mais complexo quando a própria vítima entrega o bem em decorrência de uma fraude empregada pelo agente. Se ela entrega apenas uma posse vigiada e ele, sorrateiramente ou mediante fuga, o leva embora, comete furto mediante fraude. Ex.: agente fica sabendo que certo comerciante recebeu grande carga de *notebooks* de marca famosa. Coloca os emblemas da Polícia Civil em um veículo e se dirige ao estabelecimento, mentindo para o comerciante que recebeu informação de que os computadores são falsificados e que necessita levá-los ao Distrito Policial para perícia. A vítima entrega os aparelhos ao agente e o acompanha dentro da viatura, onde também são colocados os computadores. No trajeto, o falso policial simula um problema na bateria da viatura e faz com que a vítima desça do automóvel para ajudar a empurrá-lo. O agente, então, dá a partida e foge com os computadores, deixando a vítima na rua. Trata-se de furto mediante fraude. Ao contrário, quando o agente vai até a loja e compra um computador com cheque falsificado de terceiro e recebe o aparelho com autorização para com ele deixar o recinto, o crime é o de estelionato, porque o agente recebeu posse desviada (com autorização para deixar o local com o bem) após ter empregado fraude.⁸⁹

É importante acrescentar que mesmo que haja a entrega voluntária do objeto, o crime pode ainda ser o de furto mediante fraude, ou seja, equiparando-se a uma subtração:

Acontece que é perfeitamente possível que haja a entrega voluntária do objeto e, no entanto, o crime siga sendo de furto, como, por exemplo, do sujeito que se apresenta como manobrista do serviço de valet e, recebendo as chaves do carro do motorista, dele se apodera, deixando o local. O crime é de furto qualificado pela fraude. Justamente essa qualificadora é o que faz converter o caso em furto, pois a entrega deixa de ser voluntária, passando a ser resultado da fraude. Assim, equipara-se juridicamente a uma subtração. Perceba-se que a grande similitude entre as situações de furto mediante fraude e estelionato deve ser diferenciada pelo fato de que, no estelionato, a fraude é empregada para obter o consentimento do ofendido com relação à diminuição patrimonial que a ele é imposta, enquanto no furto ocorre uma

⁸⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. Op. cit. p. 338.

efetiva subtração, que se dá pelo emprego de um disfarce, para evitar que a vítima perceba estar havendo tal subtração.⁹⁰

Uma outra maneira de se explicar, é elencando que no furto a fraude é utilizada para iludir a vigilância da vítima, que não tem o conhecimento de que o objeto material está saindo de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo; enquanto que no estelionato, ao contrário, a fraude visa a permitir que a vítima incida em erro, ou seja, o sujeito passivo possui consciência de que seus bens estão saindo de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do sujeito ativo.⁹¹

Em outra oportunidade, nesse trabalho já foi comentado que o Estado é um dos responsáveis pelo aumento da criminalidade, sendo que a sua ausência é vista como algo que colabora para as práticas das diversas fraudes existentes:

Estudos criminológicos já demonstraram que as infrações patrimoniais são praticadas em decorrência da ausência do estado, melhor dizendo, da má administração da coisa pública, que gera a desigualdade social, criando bolsões de miséria, separando, cada vez mais, as classes sociais existentes.

A situação de miserabilidade gera revolta, indignação, desconfiança dos poderes públicos e cria um clima de tensão. De um lado, a mídia bombardeando nossa mente, nos forçando a "entrar na moda", nos obrigando a todo tipo de compras inúteis e desnecessárias; do outro pessoas desempregadas ou, mesmo, empregadas, recebendo importâncias irrisórias, que mal atendem às suas necessidades básicas de subsistência, sofrem a consequência da pressão social, que as discrimina pela maneira de se vestir, falar, por não terem casa própria, veículos, etc. Com isso, queremos afirmar, em poucas linhas, que a ausência do Estado Social é fator preponderante para a prática dos crimes patrimoniais.⁹²

Agora que foi feita uma análise prévia das diferenças entre os dois crimes, é possível iniciar-se a análise propriamente dita do enquadramento legal do "chupa-cabra". Para tanto é necessário lembrar no que consiste essa atividade criminosa. O "chupa-cabra" nada mais é que uma leitora portátil de cartões magnéticos, muito utilizada em postos de gasolina. Vale dizer que ao inserir o cartão magnético nessa leitora, os dados constantes são descarregados em um computador.⁹³

Em outras palavras, para a prática dos crimes de clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos são utilizados aparelhos que copiam a

⁹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1**. *Op. cit.* p. 420.

⁹¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. *Op. Cit.* p. 371/372.

⁹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 3/4.

⁹³ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. *Op. cit.* p.63.

identificação magnética dos cartões. Com isso é possível a gravação de códigos que podem ser reproduzidos em outros cartões. Vale dizer que ao mesmo tempo que a tecnologia é importante para a vida das pessoas, infelizmente chega para auxiliar organizações criminosas e usuários mal-intencionados a cometerem fraudes.⁹⁴

É importante acrescentar que para conclusão do crime, é necessária a obtenção dos dados reais do portador, os quais são obtidos por invasão de computadores de bancos, administradoras ou do próprio usuário, muitas vezes utilizando-se a Internet. Não raras vezes esses dados são encaminhados aos golpistas por funcionários desonestos do próprio Banco. Vale dizer que ao conseguirem esses dados, o fraudador imprime as informações na tarja magnética de um cartão virgem, sendo que o número em alto-relevo é impresso em máquinas adquiridas de fornecedores de equipamentos gráficos.⁹⁵

Uma análise possível de se utilizar é que em alguns casos a clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos pode ser considerada furto mediante fraude, e em outras estelionato, sendo que o enquadramento dependeria de uma análise da forma que o crime se consumou:

Faz-se, também, necessário distinguir os dois crimes quando os valores ilícitos são obtidos com o uso de cartão bancário ou de crédito clonados. O tipo penal do estelionato exige que o agente obtenha a vantagem ilícita mantendo **alguém** em erro. É necessário, portanto, que o agente engane alguma pessoa (alguém) e não uma máquina, um computador. Dessa forma, se com o cartão clonado o agente consegue sacar valores da conta da vítima em um caixa eletrônico, o crime é o de furto. Se o agente, entretanto, vai até o caixa do estabelecimento bancário, apresenta o cartão clonado ao funcionário do caixa e consegue dele receber dinheiro após ter digitado a senha da vítima, o crime é o de estelionato, pois o funcionário lhe entregou a posse desvigiada dos valores — entrega com autorização para deixar o recinto — após ter sido induzido em erro. Da mesma forma, quando alguém faz compra com cartão de crédito clonado, enganando o vendedor da loja, o crime é o de estelionato.⁹⁶

Mas não existe somente esse entendimento. A posição que é mais verificada na doutrina é a de que configura o crime de furto mediante fraude, tendo em vista que nesse crime, a fraude se presta a diminuir a vigilância da vítima ou de terceiro

⁹⁴ BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos**. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

⁹⁵ BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano**. Op. cit. p.59.

⁹⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: Parte Especial**. Op. cit. p. 339.

sobre o bem, permitindo ou facilitando a subtração. Então é possível afirmar que o saque fraudulento em conta corrente configura o crime de furto mediante fraude, e não o de estelionato.⁹⁷

Ademais, um terceiro posicionamento é possível, mesmo que possua poucos adeptos, que entende estar configurado o crime unicamente de estelionato quando se tratar de clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Vale dizer, há crime de estelionato quando uma pessoa faz compras com um cartão clonado e recebe as mercadorias do vendedor.⁹⁸

Agora que foi trabalhado a questão doutrinária do enquadramento é necessária uma análise jurisprudencial, para entender como de fato, na prática, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais têm decidido quanto ao enquadramento do "chupa-cabra" ao crime de estelionato ou de furto mediante fraude.

No Recurso Especial 1412971 PE 2013 /0046975-4, em que é relatora a Ministra Laurita Vaz, denota-se que o acusado se utilizou de equipamentos que coletam dados bancários nos caixas eletrônicos, aparelho conhecido como "chupa-cabra", para a falsificação de um novo cartão, utilizado posteriormente para a prática de saques fraudulentos. Para a referida Ministra, trata-se de crime de furto mediante fraude, porque o agente se valeu de fraude consistente na clonagem de cartão para a retirada de valores pertencentes ao titular da conta bancária, sem o consentimento da vítima, que no caso é o Banco. Ademais, ela ressalta que a fraude foi um mecanismo utilizado para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores. No referido recurso, foi elaborada a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. **CLONAGEM DE CARTÃO. UTILIZAÇÃO DE CHUPA-CABRA. SAQUES EM TERMINAL ELETRÔNICO. FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE. DESCLASSIFICAÇÃO. ESTELIONATO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N.º 07 DESTA CORTE. RECURSO PALCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.(...)**

⁹⁷ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial (arts. 121 a 212)**. *Op. cit.* p. 302/305.

⁹⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. *Op. cit.* p. 340.

Nesse mesmo sentido a doutrina tem se manifestado, mesmo que indiretamente, pelo enquadramento da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos ao crime de furto mediante fraude, quando afirma que:

Distingue-se o furto com fraude, em que o engodo possibilita a subtração, do estelionato, em que o agente obtém a posse da coisa que lhe é transferida pela vítima por ter sido induzida em erro. Na jurisprudência, apontam-se as seguintes diferenças: no primeiro há tirada contra a vontade da vítima; no segundo, a entrega é procedida livremente; no primeiro, há discordância da vítima; no segundo, o consentimento; no furto há amortecimento da vigilância; no estelionato, engodo; naquele, o engano é concomitante com a subtração; neste, é antecedente à entrega; a conduta do furto é tirar, no estelionato é enganar para que a vítima entregue a coisa.⁹⁹

Como está sendo verificado, o enquadramento da forma que foi realizada pelo Superior Tribunal de Justiça é o mais adequado para a solução do caso em concreto, ainda mais se for verificado que o Banco é vítima e a entrega dos valores foi feita sem o seu consentimento.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abrange os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, tem se manifestado pela adequação típica da clonagem de cartões magnéticos ao crime de furto mediante fraude, previsto no artigo 155, §4º, II do Código Penal, mesmo que por conta da ausência de elementos probatórios robustos tenha que absolver os acusados, conforme se verifica na ementa na Apelação Criminal n.º 0000041-35.2008.404.7211/SC :

PROCESSO PENAL. FURTO. CLONAGEM DE CARTÕES MAGNÉTICOS DE CLIENTES DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE. DÚVIDA RAZOÁVEL. ABSOLVIÇÃO.

1. Conjunto probatório que demonstra, de forma segura e convincente, a materialidade do delito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal. Todavia, não há nos autos elementos probatórios robustos e inarredáveis acerca da autoria delitiva a ensejar um juízo condenatório, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

2. À luz do disposto no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, impõe-se a absolvição dos acusados.

Em outro julgamento, na Apelação Criminal n.º 5016991-43.2012.404.7001/PR, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região se manifestou pela desclassificação do crime de estelionato para o crime de furto qualificado pela fraude, tendo em vista a utilização do "chupa-cabra", em que utilizou a seguinte ementa:

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. Op. Cit. p. 231/232.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *EMENDATIO LIBELLI*. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. ESTELIONATO. ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO, NA MODALIDADE TENTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO PROVISÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. É da máxima do Direito Processual Penal que o réu se defende dos fatos, ou seja, tendo a denúncia imputado de forma adequada as condutas praticadas, pode ficar a cargo do juiz a sua definição jurídica. Assim, a *emendatio libelli* não carece de novo prazo para a defesa apresentar impugnação, não havendo cerceamento de defesa uma vez que os fatos estão, desde a peça exordial, especificados nos autos. Preliminar de nulidade da sentença afastada.
2. Extrai-se da leitura da inicial a descrição da conduta de subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem, na forma tentada, consubstanciada no artigo 155, §4º, inciso II, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Estatuto Repressivo.
3. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do agente, deve ser mantida a sentença que o condenou nas penas do delito de furto qualificado.
4. A incidência da atenuante da confissão espontânea não permite arbitramento de pena-provisória em patamar abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231 do Egrégio STJ.
5. Nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal, deve o período de prisão cautelar ser abatido da pena definitivamente imposta ao réu.

Dessa forma, verifica-se que a tendência dos Tribunais é pela adequação da clonagem de cartões magnéticos, golpe conhecido como "chupa-cabra" ao crime tipificado no artigo 155, §4º, II do Código Penal, qual seja, furto mediante fraude. Entretanto, mesmo que em quantidade menor, verifica-se que o estelionato já foi aplicado à referida situação, quando a vítima foi enganada e passou espontaneamente os dados bancários na Apelação Criminal APR n.º 20120110519994 DF 0014823-87.2012.8.07.0001:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. CHUPA-CABRA. TERMINAL BANCÁRIO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ABSOLVIÇÃO. COMPARSAS. DISTRIBUIÇÃO TAREFAS. DESNECESSIDADE DE PRATICAR O NÚCLEO DO TIPO PARA RESPONDER POR ESTELIONATO. PERÍCIA DE EFICIÊNCIA DO MECANISMO. DESNECESSIDADE. EXIBIÇÃO VOLUNTÁRIA DO DOCUMENTO FALSO AOS POLICIAIS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOSIMETRIA. VALOR UNITÁRIO DA PENA DE MULTA. UM SALÁRIO MÍNIMO. CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. COMPATÍVEL. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O acusado e seus comparsas (não identificados) acoplaram um dispositivo em um terminal bancário de auto-atendimento, conhecido como chupa-cabra. Uma comparsa do réu prontificou-se a ajudar a vítima que estava com o cartão

retido, emprestando seu celular após ter, supostamente, entrado em contato com o SAC do banco, a quem a vítima forneceu seus dados e senhas pessoais. Após as pessoas da fila desconfiarem do ocorrido e retirarem o equipamento do terminal junto com o cartão da vítima, o réu apossou-se deles e saiu correndo, sendo detido por populares até a chegada da polícia. Na Delegacia, fez uso de documento falso. 2. Não há falar em absolvição por insuficiência de provas quando a versão da vítima, das testemunhas presenças e dos policiais são harmônicas e encontram conformidade com a prova pericial. 3. Irrelevante não ter o réu pessoalmente acoplado o mecanismo no terminal de auto-atendimento ou não ter ludibriado a vítima para obter dela vantagem econômica ilícita, pois nos delitos praticados em concurso de agentes com divisão de tarefas, é dispensável que cada agente pratique o núcleo do tipo para responder pelo delito. 3. Provada a instalação do equipamento chupa-cabra, dispensa-se a prova de sua efetiva potencialidade lesiva para clonar dados, quando se mostrou eficaz para reter o cartão da vítima, o que fez com ela aceitasse ajuda da comparsa do réu (não identificada) e passasse suas senhas, por telefone, a um dos criminosos, pensando falar com o Serviço de Atendimento do Consumidor – SAC do Banco do Brasil. 4. Os depoimentos prestados pelos policiais condutores do flagrante foram uníssimos quanto ao fato de ter o acusado exibido tantos aos policiais militares quanto aos policiais civis documentos falsos, não merecendo prosperar a alegação de que a conduta seria atípica por mera posse, sem efetivo uso das cópias. 5. O delito de uso de documento falso se perfaz tanto com o uso de documento com mácula material quanto com falsidade ideológica, ou seja, quando o documento é materialmente verdadeiro, mas os dados nele constante são falsos. 6. A carteira de identidade apresentada pelo réu é ideologicamente falsa, uma vez que emitida com base em um Prontuário Civil paralelo que o acusado conseguiu, de maneira ignorada, registrar na Polícia Civil, com sua fotografia e sua impressão digital, mas com nome, filiação e outros dados inverídicos. Os Laudos de Perícia Papiloscópica atestaram a presença dos prontuários com a mesma impressão digital do réu. 6. Irreparável a fixação do valor unitário da pena pecuniária em 01 (um) salário mínimo, fundada na situação econômica do acusado, o qual informou em juízo ser empresário e auferir renda mensal no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 7. Recurso desprovido.

E como se tem verificado, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem se manifestado, na maioria dos casos, pelo incidência do crime de estelionato quando da utilização do "chupa-cabra", como por exemplo no *habeas corpus* nº 0034214-66.2011.4.01.0000/DF:

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. APARELHO "CHUPA CABRA". TERMINAL ELETRÔNICO. TENTATIVA. QUADRILHA. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. "HABEAS CORPUS" PRECEDENTE. MESMOS FATOS. MESMA CAUSA DE PEDIR. ORDEM PREJUDICADA.

1. A Quarta Turma deste Tribunal, examinando "habeas corpus" precedente, impetrado por outro representante judicial, concedeu liberdade provisória ao paciente.

2. Resta prejudicado o exame do presente "writ", por perda superveniente de objeto, vez que se refere aos mesmos fatos, tem a mesma causa de pedir e impugna os mesmos atos do "habeas corpus" precedente.

E o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não é unânime quando o assunto é clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Em alguns julgados verifica-se que o enquadramento é realizado ao tipo de furto mediante fraude e em outros ao de estelionato.

Na Quinta Câmara Criminal, nos autos nº 913754-6, verifica-se que o criminoso foi preso em flagrante, enquanto instalava o aparelho conhecido como "chupa-cabra", tendo cometido o crime de estelionato:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer a ordem e, no mérito, denegar, nos termos do voto. EMENTA: HABEAS CORPUS ESTELIONATO ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE QUANDO INSTALAVA APARELHO CONHECIDO COMO "CHUPA-CABRA" EM TERMINAIS DE AUTOATENDIMENTO BANCÁRIO PARA CAPTURA DE SENHAS E DADOS DE CORRENTISTAS ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO ADOTADA PARA INDEFERIR A LIBERDADE PROVISÓRIA IMPROCEDÊNCIA DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 IMPROCEDÊNCIA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PACIENTE QUE, RESPONDENDO A OUTRO PROCESSO PELO MESMO DELITO, QUANDO EM LIBERDADE VOLTOU A DELINQUIR INEFICÁCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS DIVERSAS DA PRISÃO - PRISÃO PREVENTIVA QUE DEVE SER MANTIDA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PRISÃO CAUTELAR QUE NÃO FERE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ORDEM DENEGADA. O fato de o paciente já ter cometido outro crime idêntico, no Rio Grande do Sul, e, respondendo ao processo em liberdade, ter voltado a delinquir indica a necessidade da prisão cautelar por dois motivos: para evitar a reiteração criminosa (garantia da ordem pública) e para assegurar a aplicação da lei penal, pois demonstrada a facilidade do paciente em evadir-se do distrito da culpa, dada a aparente amplitude de seus relacionamentos no submundo criminoso. O princípio de presunção de inocência invocado pelo impetrante não socorre o paciente neste momento, pois bastam os indicativos presentes nos autos (reiterada prática criminosa) para a formação da convicção, sendo irrelevante, para justificar a prisão cautelar, que haja o trânsito em julgado das condenações.

Em outra oportunidade, agora na 3ª Câmara Criminal, percebe-se julgamentos tendenciosos a enquadrar o "chupa-cabra" ao crime de furto mediante fraude, quando o agente realiza a instalação de equipamentos para obtenção de

dados de clientes de bancos com o intuito de realizar saques das contas das vítimas:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos em negar a ordem impetrada. EMENTA: PROCESSUAL PENAL - FURTO TENTADO - OBTENÇÃO FRAUDULENTE DE DADOS DE CARTÃO MAGNÉTICO - CLONE (CHUPA CABRA) - PRISÃO EM FLAGRANTE - REGULARIDADE - LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA - MATERIALIDADE E AUTORIA SATISFATORIAMENTE EVIDENCIADAS - RÉUS RESIDENTES EM ESTADOS DIVERSOS DA FEDERAÇÃO - VIAGEM À CAPITAL PARANAENSE COM ESCOPO ESPECÍFICO CONFESSADO POR UM DOS PARTICÍPES - ASSEGURAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PRESSUPOSTOS PRESENTES E SUBSISTENTES - LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA - CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE - ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. Preenchidos os requisitos da prisão preventiva e ocorrendo uma ou mais hipóteses do art. 312 do CPP, como se verifica no caso, não há falar em ilegalidade da custódia cautelar (STJ).

E a clonagem não é somente realizada em caixas eletrônicas nas agências. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enquadra, na maioria dos casos, a clonagem de cartões magnéticos ao crime de furto mediante fraude. Nos autos 2015.0000759717 da 11ª Câmara Criminal, os criminosos se passavam por funcionários de empresa de redes de cartões magnéticos e realizavam a substituição das máquinas nos estabelecimentos comerciais por outras modificadas para a clonagem e obtenção de dados dos clientes. Após a obtenção dos dados, os fraudadores voltavam ao estabelecimento comercial para efetuar a devolução das máquinas originais.

Diante o exposto, em que se pese a existência de entendimentos para ambos os enquadramentos, quais sejam, estelionato ou furto mediante fraude, há uma tendência de se tipificar a clonagem e utilização fraudulenta ao crime de furto qualificado pela fraude do artigo 155, §4º, II do Código Penal, sendo a posição que mais se amolda ao conteúdo doutrinário exposto nesse estudo, uma vez que a retirada dos valores da conta bancária da vítima, quase na totalidade dos casos, é realizada sem o seu consentimento.

Como bem explica Prado, ao afirmar que no crime de furto mediante fraude, há uma subtração clandestina do bem, ao passo que no estelionato a vítima entrega

voluntariamente o bem ao agente ou permite que este o use para o fim por ele preconizado.¹⁰⁰

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 420-421.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente demonstrou-se que a quantidade de atividades fraudulentas e de esquemas ardilosos cresceu nos últimos anos no Brasil e no mundo, sendo que vários são os incentivos para a prática dessas condutas criminosas. A instabilidade econômica e a qualidade da legislação vigente foram elencadas como um desses principais motivos.

Após, foi verificado que os golpistas estão cada vez mais sofisticados, sendo cada vez mais difícil o impedimento desses crimes. A informática, ao mesmo tempo que é vista como facilitadora das atividades diárias das pessoal foi encarada como facilitadora para a prática de fraudes. Assim, o acelerado desenvolvimento da tecnologia e a crescente automação e informatização das relações sociais e econômicas possibilitou a prática de crimes de formas diferenciadas.

Também foi elencado que milhões foram desviados nos últimos anos pela prática de fraudes, sendo que só em 2014 a quantia referente às perdas dos dois bancos públicos, no Brasil, aproximou-se a R\$ 478,8 milhões

A fraude foi explicada como qualquer artifício, ardil ou artimanha utilizados pelo agente durante a prática do crime para se conseguir chegar ao resultado pretendido.

Foi verificado que de todas as formas de golpes envolvendo os cartões magnéticos, a mais conhecida é a da clonagem. Muitas são as consultas e reclamações junto aos órgãos de proteção do consumidor, relacionadas às fraudes.

Para a concretização da clonagem explicou-se que são obtidos dados reais do portador pela invasão dos computadores de bancos, administradoras ou do próprio usuário, com o auxílio da Internet. A existência de funcionários desonestos que possuem acesso a uma base de dados dos clientes também foi elencada como facilitação para a prática desse crime.

Para se explicar como as fraudes são realizadas, foi visto que, muitas vezes, os aparelhos que roubam a identificação magnética dos cartões são leitoras comuns modificadas para a gravação de códigos, os quais são reproduzidos em outros cartões.

É importante ressaltar ainda que as penas para os crimes de estelionato (artigo 171, *caput* do Código Penal) e furto mediante fraude (artigo 155, §4º, II do Código Penal) são brandas. Vale dizer, para o crime de estelionato a pena é de reclusão de 01 a cinco anos e multa, sendo que para o crime de furto mediante fraude a pena é de reclusão de dois a oito anos e multa.

O Direito Penal foi lembrado como protetor dos bens jurídicos mais importantes destacados em uma determinada sociedade, sendo que essa proteção é realizada, muitas vezes, com a aplicação de normas penais incriminadoras que definem as infrações penais e fixam as respectivas penas.

A análise da dicotomia estelionato (artigo 171, *caput* do Código Penal) e furto mediante fraude (artigo 155, §4º, II do Código Penal), foi necessária para que ao final possível fosse o enquadramento da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Também foi demonstrado que esses crimes são considerados dolosos.

O estelionato foi visto como a prática de condutas pelo homem civilizado, arguto, que se utiliza das relações complexas da vida moderna para enganar outra pessoa, com a utilização da malícia humana.

Também foi brevemente diferenciada a fraude penal da fraude civil, ou seja, foram verificados que alguns casos ensejam o cometimento de crimes, como no estelionato, e alguns outros configuram mero ilícito civil impunível.

Foi analisado que outros bens também são protegidos juridicamente pela tipificação do crime de estelionato, quais sejam: a boa-fé, segurança, fidelidade e veracidade dos negócios-jurídicos patrimoniais. Também foi visto que no crime de estelionato, a consumação ocorre quando o agente obtém a vantagem ilícita, em prejuízo da vítima.

Após a análise do crime de estelionato foi visto que o furto é a subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem.

Foi demonstrado que o núcleo do furto simples é subtrair, que corresponde na retirada do âmbito de disponibilidade do proprietário ou possuidor a coisa móvel, em favor de si próprio ou de terceiro.

A consumação do crime de furto foi vista como o momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor. Consuma-se o crime no momento em que a vítima não pode mais exercer as faculdades inerentes à sua posse ou

propriedade, instante em que o ofendido não pode mais dispor do objeto material, sendo que em alguns casos, isso ocorre ainda que não haja deslocação material da coisa.

Após a análise da hipótese de furto simples, foi explicado um dos pontos principais do trabalho relacionado ao crime de furto: quando há a utilização da fraude para a realização do furto, modalidade prevista no artigo 155, §4º, II do Código Penal. O emprego de fraude foi visto como qualificadora quando há um embuste, um ardil, um stratagem armado por parte do autor da subtração para facilitar-lhe o trabalho, o que leva à diminuição da vigilância ou a atenção de sua vítima, ou de pessoas que, a cargo desta, sejam colocadas para proteção do patrimônio afetado.

Por fim foi realizado o enquadramento típico da clonagem e utilização fraudulenta de cartões magnéticos. Após a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Tribunal de Justiça dos Estados do Paraná e de São Paulo, e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, constatou-se que a referida prática se adéqua ao crime de furto mediante fraude. Foi visto que a análise possui divergências jurisprudenciais, mas que a tendência é de se tipificar a clonagem e utilização fraudulenta ao crime de furto qualificado pela fraude do artigo 155, §4º, II do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BARWINSKI, Luísa. **Clonagem de cartão: entenda como acontece e os riscos.** Disponível em < <http://www.tecmundo.com.br/email/2726-clonagem-de-cartao-entenda-como-acontece-e-os-riscos.htm>> Acesso em 15 de outubro de 2015.

BLATT, Adriano. **Fraudes e Golpes em Crédito e Cobrança: e outros estelionatos que afetam nosso cotidiano.** Campinas, SP: Printed, 2000.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 1.** São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Chupa-Cabra.** Disponível em <<http://www.infoescola.com/curiosidades/chupa-cabra/>> Acesso em 10 de outubro de 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: Parte Especial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial.** vol. 3. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HUMBERTO, Claudio. **Bancos Públicos: Caixa e BB Perderam Meio Bilhão com Fraudes.** Disponível em <<http://www.diariodopoder.com.br/noticia.php?i=30271527584>> acesso em 15 de outubro de 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial.** vol. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA FILHO, Geraldo Vilar Correia. **A adequada tipificação do saque em caixa eletrônico com uso de cartão clonado.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3176, 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21264>>. Acesso em: 14 out. 2015.

LUCCA, Newton de. **Direito e Internet.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial (arts. 121 a 212).** v 2. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. vol. 1. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. vol. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 420-421.

ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, ago. 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA, Jorge Vicente. **Estelionato e Outras Fraudes**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1995.
BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.