

A impossibilidade do “estelionato previdenciário” omissivo

Raphael Mello

Estagiário da Procuradoria de Justiça Militar em Salvador

RESUMO: Com o presente trabalho objetiva-se a análise do que tem sido denominado “estelionato previdenciário”, a fim de demonstrar a impossibilidade de seu cometimento por conduta omissiva, no caso específico, a do parente do beneficiário que, diante de sua morte, não a comunica diretamente à Administração Militar ou ao INNS, que continua a depositar os valores referentes aos benefícios, e assim proporciona-se que estes sejam sacados pelo agente de maneira indevida mesmo após o óbito do aposentado ou pensionista. A tal conclusão pode-se chegar por meio da análise do tipo penal de estelionato, do princípio da legalidade e da relevância penal da omissão, o que se fará a partir de um estudo desses aspectos do ponto de vista legal e doutrinário. O tema demonstra acentuada importância, sobretudo pela quantidade de casos que diuturnamente são levados à Justiça Castrense, bem como à Justiça comum. O que a casuística revela é que a apropriação indevida de valores relativos a benefícios previdenciários pode ocorrer de diversas maneiras, de modo que, deve-se abandonar o uso de rótulos, como, por exemplo, o do “estelionato previdenciário”, e buscar a justa solução à luz do caso concreto. Com o presente trabalho, tem-se a intenção de demonstrar que a simples conduta de não comunicar o óbito à Administração Militar ou ao INSS não pode ser enquadrada no tipo previsto no art.

251 do Código Penal Militar, cujo *caput* tem redação idêntica ao do art. 171 do Código Penal, motivo pelo qual, as considerações aqui feitas, em regra, valem não apenas para a Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Estelionato previdenciário. Princípio da Legalidade. Crime omissivo.

ENGLISH

TITLE: The impossibility of omissive “preventative swindling”.

ABSTRACT: This paper aims to analyze what has been called “social security fraud”, and we give an example of a specific case to demonstrate this type of fraudulent behavior, in the example case, a relative of the beneficiary who had passed away did not inform the military administration or the INSS, and continued to receive and withdraw the benefits after the death of the beneficiary. Such a conclusion can be reached by analyzing this type of fraudulent crime, the principles of legality and the criminal relevance of the omission, which will be drawn from a study of these aspects from a legal and doctrinal point of view. The issue is of great importance, especially in the number of cases that are regularly brought before the military courts, as well as the common court system. What the casuistry reveals is that the misappropriation of funds related to social security benefits can occur in several ways, so that the use of labels, such as “social security”, should be abandoned and a solution reached in the light of a specific case. This present work, is intended to demonstrate that the simple act of not reporting a death to the Military Administration or to the INSS can not be included in the type provided in art. 251 of the Military Penal Code, whose caption is similar to that of art. 171 of the Criminal Code, which is why, the considerations made here, as a rule, are valid not only for the Military Court.

KEYWORDS: Social security office. Principle of Legality. Crime omissive.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 387) – 2 Apropriação indébita; apropriação de coisa havida acidentalmente; e estelionato (p. 388) – 3 Estelionato previdenciário (p. 392) – 4 Simples não comunicação do óbito não configura estelionato (p. 394) – 4.1 Da inexistência de dever legal de comunicar o óbito – Princípio da Legalidade (p. 394) – 4.2 Da inexistência de dolo anterior (p. 398) – 4.3 Da impossibilidade de estelionato omissivo (p. 400) – 5 Conclusão (p. 405)

1 INTRODUÇÃO

O dia a dia no âmbito da Justiça Militar revela a existência de inúmeros casos em que, após o falecimento de inativos e pensionistas das Forças Armadas, seus parentes continuam a sacar os respectivos benefícios, fazendo, para tanto, uso do cartão eletrônico do banco. No mais das vezes, a Administração Militar continua a fazer os depósitos porque não fora informada do óbito, ou por qualquer outro motivo.

A prática descrita no parágrafo anterior, bem como a qualquer outra por meio da qual o agente, de maneira indevida, consegue auferir valores em prejuízo da Administração Militar ou da Previdência Social, têm-se chamado de “estelionato previdenciário”, no âmbito da Justiça Castrense e Federal.

O Superior Tribunal Militar, no mais das vezes, tem entendido como estelionato a conduta do indivíduo que, após o falecimento de seu familiar (aposentado ou pensionista das Forças Armadas), não comunica o óbito à Administração Militar, e continua a sacar os valores depositados a título de benefício previdenciário.

Diante da ocorrência de inúmeros casos como esse, não só na Justiça Militar, mas também na justiça comum, revela-se importante uma análise do tema, a fim de encontrar uma resposta mais adequada para os casos.

Tal solução somente é possível através da análise do tipo penal de estelionato (art. 251 do Código Penal Militar e 171 do Código Penal), bem como de outros tipos penais correlatos, e da parte geral dos códigos acima citados.

Assim, no presente trabalho, realizar-se-á, de maneira sintética, uma análise dos tipos penais de apropriação indébita, apropriação de coisa havida acidentalmente e de estelionato; será contextualizado o que se tem, de maneira geral, denominado de “estelionato previdenciário”; e se esta é a figura típica a qual se amolda a conduta do indivíduo que, diante da morte de seu familiar (aposentado ou pensionista), continua a sacar os valores referentes ao benefício, sem comunicar o óbito diretamente à Administração Militar ou ao INSS.

2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA; APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA ACIDENTALMENTE; E ESTELIONATO

Todos os delitos apontados no título do presente tópico são patrimoniais e possuem em comum o fato de dispensarem, para sua caracterização, o uso de violência, física ou moral, contra a pessoa.

Conforme já apontado, é comum chamar de “estelionato previdenciário”, e consequentemente aplicar o art. 251, do Código Penal Militar (art. 171, do Código Penal), a todos os casos em que o agente, de maneira indevida, aufere valores provenientes de benefícios previdenciários em prejuízo da Administração Militar ou da Previdência Social. Contudo, somente a análise individualizada de cada caso permite a devida diferenciação entre as condutas praticadas, a fim de encontrar o tipo penal em que se subsume a conduta, ou mesmo verificar a inexistência de ilícito penal.

O crime de apropriação indébita encontra-se descrito no art. 248 do Código Penal Militar, que possui a seguinte redação: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção”.

O núcleo do tipo é “apropriar-se”, ou seja, tornar sua, coisa que pertence a terceiro. A apropriação indébita pressupõe que o agente tenha, anteriormente, a posse ou detenção legítima da coisa e, posteriormente, dela se aproprie. Nas palavras de Paulo César Busato, “A incriminação consiste justamente no abuso por parte do possuidor que, em determinado momento, altera sua condição precária de disposição do bem, passando a comportar-se como dono¹”.

Na apropriação indébita é possível visualizar, portanto, a existência de dois momentos distintos. Um inicial, no qual o indivíduo exerce a posse ou detenção legítima da coisa, e um segundo momento, em que há a inversão do *animus* e o indivíduo passa a se comportar como se dono fosse de coisa alheia. Por isso, costuma-se dizer que no crime de apropriação indébita, o dolo do agente é subsequente.

Como afirma Heleno Fragoso, “a posse que deve preexistir ao crime deve ser exercida pelo agente em nome alheio (nomine alieno), isto é, em nome de outrem, seja ou não em benefício próprio”. Quer dizer, neste crime, o dolo é subsequente, pois a apropriação segue à posse da coisa².

Na apropriação de coisa havida acidentalmente, ao contrário da apropriação indébita, inexistente legítima e anterior posse ou detenção da *res*. No crime previsto no art. 249, do Código Penal Militar (art. 169, do Código Penal), a coisa vem ao poder agente por erro, caso fortuito ou força da natureza. Assim como no delito de apropriação indébita, o núcleo do

¹BUSATO, P. C. *Direito penal*: parte especial 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 546.

²BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

tipo é “apropriar-se”, de modo que, “o crime de apropriação de coisa havida acidentalmente consuma-se com a inversão do título de posse, praticando o agente atos que revelam a qualidade de quem tem o domínio da coisa”³, como leciona Enio Luiz Rosseto.

Como é possível notar da análise comparativa entre os crimes de apropriação indébita e apropriação de coisa havida acidentalmente, o primeiro delito é mais grave, pois, pressupõe a existência de uma relação anterior entre o proprietário da coisa e o possuidor ou detentor, relação essa que, muitas vezes é pautada na confiança. Pela maior gravidade em abstrato da conduta, achou por bem o legislador prever para o crime de apropriação indébita pena maior que para o de apropriação de coisa havida acidentalmente.

Dos três crimes apontados no presente tópico, contudo, o estelionato é, sem dúvida, o mais reprovável, isso porque, exige do agente, uma destreza maior que a ordinária, a capacidade de ludibriar, de fazer com que a vítima tenha uma deturpada visão da realidade, de modo que, pacífica e voluntariamente, entregue a coisa ao agente. Outra não é a percepção de Paulo César Busato:

O estelionato tem uma característica especial em face dos demais ataques contra o bem jurídico patrimonial, 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 atacado⁴.

Conforme a redação do art. 251, do Código Penal Militar (art. 171, do Código Penal), o delito em comento pressupõe que o agente obtenha “para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”.

³ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 870.

⁴ BUSATO, P. C. *Direito penal: parte especial* 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 582.

No estelionato são indispensáveis os seguintes requisitos: a) o induzimento ou a manutenção da vítima em erro; erro é a falsa percepção ou o desconhecimento da realidade; no erro a vontade é viciada; b) o emprego do artifício, do ardil ou de qualquer outro meio fraudulento; c) a obtenção da vantagem ilícita e o prejuízo alheio. As ações típicas são as de induzir ou manter a vítima em erro. No estelionato “o erro é provocado e é exatamente esse erro que induz ou mantém a vítima de conformidade com os desígnios do sujeito ativo”⁵.

Ao contrário da apropriação indébita, no crime de estelionato inexistente a posse ou detenção anterior, de modo que, a coisa só vem ao poder do agente após este empreender uma conduta de tal modo ardilosa, artificiosa ou fraudulenta, que seja capaz de induzir ou manter a vítima em erro, pela falsa percepção da realidade causada pela ação do sujeito ativo.

Parte da doutrina estabelece diferença entre apropriação indébita e estelionato baseada no momento de surgimento do dolo. Conforme leciona Mirabete, “o delito de apropriação indébita difere do de estelionato (art. 171), pois no primeiro o dolo somente surge após ter o agente a posse da coisa, recebida licitamente, enquanto no segundo ele se revela antes, visando o agente ao recebimento dela”⁶. O sujeito ativo, portanto, desde o início, tem a intenção de obter vantagem ilícita em detrimento da vítima que, ludibriada pelo agente, permite a aproximação.

Em suma, da análise dos três crimes, é possível construir o seguinte quadro:

1. Na apropriação indébita, o sujeito ativo possui a legítima posse ou detenção da coisa alheia e, em momento posterior, resolve fazer sua a *res*, invertendo assim o *animus* da posse.

2. Na apropriação de coisa havida acidentalmente, o agente não possui a posse ou detenção legítima da coisa, inexistente a relação anterior

⁵ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 874.

⁶ MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal*, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 272.

(contratual, legal ou baseada na confiança) entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, e a coisa vai ao poder do primeiro por erro, caso fortuito, ou força da natureza. Após este momento em que, acidentalmente, passa a ter a detenção da coisa, o agente, em vez de procurar restituí-la, resolve tomá-la para si.

3. No estelionato, não existe, necessariamente, a anterior relação de confiança, tão pouco a coisa vem ao poder do agente por acidente. Neste crime, o agente obtém vantagem ilícita após induzir ou manter a vítima em erro. Ao contrário dos outros dois crimes, o dolo de se apropriar preexiste à apropriação da coisa, que somente vem ao poder do sujeito ativo após o emprego de artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

3 ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

No âmbito da Justiça Militar, é comum deparar-se com o que tem sido chamado e tratado como “estelionato previdenciário”, que, de maneira geral, consiste na prática de obter indevidamente, em detrimento da Administração Militar, valores relativos a benefícios oriundos de aposentadoria ou pensão por morte. Casos semelhantes são apurados também na Justiça Federal.

De maneira exemplificativa, o que se tem chamado de “estelionato previdenciário” é o que decorre das seguintes condutas:

1. O agente, efetivamente, em momento anterior, valendo-se de artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, induz a Administração a erro, obtendo benefício que, em verdade, não deveria existir, pois inexistentes os requisitos legais. É o caso, por exemplo, do indivíduo que falsifica documentos para obter aposentadoria por invalidez.

2. O benefício era devido, contudo, após o falecimento do seu titular, um terceiro, geralmente parente da vítima, de posse do cartão eletrônico e da senha, continua a sacar os valores. Esta situação, em regra, decorre do fato de a Administração Militar ou a Previdência não ser notificada do óbito, e continuar realizando os depósitos.

Nos casos que se assemelham ao primeiro exemplo, visualizamos com facilidade o crime de estelionato, vez que, resta evidente que a conduta se amolda ao tipo penal de estelionato (art. 171 do Código Penal e art. 251 do Código Penal Militar), pois o agente, de maneira deliberada, com dolo preexistente de obter vantagem ilícita, e através de ação fraudulenta, induz a Administração a erro, que, uma vez ludibriada, confere o benefício indevido.

Contudo, para os casos que se assemelham ao segundo exemplo, em que o sujeito, após o falecimento do beneficiário, continua a sacar os vencimentos, difícil aceitar que tais condutas configurem o crime de estelionato, em que pese tal ser a visão predominante no Superior Tribunal Militar. Em sentido semelhante ao defendido no presente trabalho, encontramos a doutrina de Adriano Alves-Marreiros que, na obra DIREITO PENAL MILITAR Teoria Crítica e Prática, expõe o que segue:

No entanto, chamamos atenção para uma outra hipótese que envolve previdência social. São numerosos, há alguns anos, os casos em que inativos e pensionistas das forças armadas faleceram e parentes não comunicam a morte à Administração Militar e continuam sacando vencimentos indevidos após a morte, utilizando o cartão eletrônico do banco. Muitos, aliás, a maioria e o próprio STM vislumbram estelionato em tal conduta: o chamado estelionato previdenciário. Não concordamos. Entendemos que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, como garante a Constituição. Assim sendo, os parentes da falecida não têm obrigação de comunicar a morte à Administração Militar e não podem responder penalmente por esta omissão: ela não pode ser considerada como induzir ou manter alguém em erro⁷.

Como se vê, Alves-Marreiros se vale de garantia constitucional para afastar a incidência do crime de estelionato nesses casos em que a conduta

⁷ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015, p. 1259.

do agente se limita a não comunicação do óbito à Administração Militar. Vamos além, pois entendemos que outros argumentos existem para afastar a tipificação prevista no art. 251 do Código Penal Militar (art. 171, do Código Penal).

Conforme já apontado, ainda que sucintamente, em linhas pretéritas, para configuração do estelionato, entende grande parte da doutrina que o dolo deve ser preexistente. Outrossim, em que pese a divergência doutrinária, entendemos pela impossibilidade da prática do crime de estelionato por omissão, como será explicado adiante.

4 SIMPLES NÃO COMUNICAÇÃO DO ÓBITO NÃO CONFIGURA ESTELIONATO

É comum notar na sociedade brasileira que em virtude das dificuldades em cumprir com suas obrigações e satisfazer suas necessidades ordinárias, bem como pela relação de confiança existente, os pais entregam seus cartões e senhas bancárias aos filhos, confiando a eles a administração dos bens, permitindo irrestrito acesso às suas contas, o que inclui os valores relativos aos benefícios previdenciários.

Neste caso, o filho, qualquer outro parente, ou ainda um terceiro, exerce a detenção em favor do beneficiário, tornando-se uma espécie de gestor. Há, portanto, uma detenção anterior legítima, baseada na relação de confiança existente.

4.1 Da inexistência de dever legal de comunicar o óbito – Princípio da Legalidade

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, preceitua que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal dispositivo insculpe o Princípio da Legalidade, que, conforme a lição de Alexandre de Moraes, “visa combater o poder arbi-

trário do Estado”⁸, constituindo garantia constitucional conferida ao cidadão.

A respeito do tema, acompanhemos os valiosos ensinamentos do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar⁹.

O que se extrai do quanto transcrito é que: apenas lei em sentido estrito pode impor obrigações aos administrados, pois, ao particular é permitido fazer tudo que não lhe seja proibido ou não fazer o que não lhe seja imposto por meio de lei.

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que não for proibido nem obrigatório por meio de lei será reputado como permitido¹⁰.

⁸ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 45.

⁹ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102-103.

¹⁰ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 213.

Portanto, por força do princípio da legalidade, o cidadão tem, em sua vida privada, ampla e irrestrita liberdade, que somente pode ser limitada por lei, motivo pelo qual, acertado o pensamento de Adriano Alves-Marreiros (já exposto em linhas anteriores), quando conclui que, por força de preceito constitucional (art. 5º, II, da Constituição Federal), os parentes do beneficiário (aposentado ou pensionista) não possuem a obrigação legal de comunicar o óbito à Administração Militar ou à Previdência Social, conforme o caso.

Após o falecimento do familiar, os parentes apenas têm a obrigação de declarar o óbito para que seja lavrada a respectiva certidão. A Lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, no artigo 80, elenca as pessoas obrigadas a declarar o óbito, vejamos:

Art. 80. São obrigados a fazer declaração de óbitos:

1º o chefe de família, a respeito de sua mulher, filhos, hóspedes, agregados e fâmulos;

2º a viúva, a respeito de seu marido, e de cada uma das pessoas indicadas no número antecedente;

3º o filho, a respeito do pai ou da mãe; o irmão, a respeito dos irmãos e demais pessoas de casa, indicadas no n. 1; o parente mais próximo maior e presente;

4º o administrador, diretor ou gerente de qualquer estabelecimento público ou particular, a respeito dos que nele faleceram, salvo se estiver presente algum parente em grau acima indicado;

5º na falta de pessoa competente, nos termos dos números anteriores, a que tiver assistido aos últimos momentos do finado, o médico, o sacerdote ou vizinho que do falecimento tiver notícia;

6º a autoridade policial, a respeito de pessoas encontradas mortas.

Parágrafo único. A declaração poderá ser feita por meio de preposto, autorizando-o o declarante em escrito, de que constem os elementos necessários ao assento de óbito.

A Lei 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, por sua vez, no art. 68, impõe ao Titular do Cartório de Registro Civil

de Pessoas Naturais a obrigação de comunicar os óbitos registrados ao INSS, nos seguintes termos:

Art. 68. O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar, ao INSS, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15.4.94)

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar este fato ao INSS no prazo estipulado no caput deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.870, de 15.4.94).

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais à penalidade prevista no art. 92 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.476, de 23.7.97)

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001).

Como é possível notar, ao particular apenas é imposta a obrigação de declarar o óbito, sendo responsabilidade do Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a comunicação ao INSS. Deste modo, inexistente preceito legal que obrigue o particular a comunicar diretamente ao INSS ou à Administração Militar o óbito de seu familiar. E mais, em respeito ao princípio da legalidade, tal obrigação somente poderia ser imposta por meio de lei, sendo inadmissível que o seja por regulamento, instrução, resolução, portaria, ou qualquer ato congêneres, que, ainda que existente no âmbito da Administração Militar, não poderia ser imposta ao particular.

Ainda que se espere boa fé e comportamento probo dos cidadãos, à ausência de lei que os obrigue a comunicar o óbito, inexistente o dever de

fazê-lo. Por tal motivo, impossível a responsabilidade penal por conta desta omissão, que não se revela ilegal.

Por isso, impossível falar em estelionato, sendo possível, conforme o caso, a imputação do delito de apropriação indébita ou apropriação de coisa havida acidentalmente, não pela prática da omissão, mas sim da apropriação (elementar dos crimes de apropriação) dos valores indevidamente depositados.

4.2 Da inexistência de dolo anterior

Como já exposto, no crime de estelionato, inexistente a posse ou detenção anterior, de modo que, a coisa só vem ao poder do agente após o emprego de uma conduta de tal modo ardisosa, artificiosa ou fraudulenta, que seja capaz de induzir ou manter a vítima em erro, pela falsa percepção da realidade causada pela ação do sujeito ativo. O dolo do agente, portanto, revela-se preexistente, a partir do momento em que este último se utiliza de meios fraudulentos a fim de obter vantagem ilícita.

No caso do indivíduo que tem a posse do cartão eletrônico e senha e, conseqüentemente, amplo acesso à conta com o fim de gerir os valores nela constante em favor do beneficiário, nota-se que existe uma posse anterior legítima, não fraudulenta, pautada na relação de confiança com o beneficiário. O indivíduo não emprega qualquer meio fraudulento para obter a posse da coisa, sendo sua intenção inicial a simples gestão dos valores, e não a reversão em proveito próprio.

Com a apropriação indébita, a diferença se dá pelo momento do dolo: se for depois da entrega do bem, ou seja, o dolo é subsequente à posse ou detenção da coisa, há a apropriação indébita; se o dolo, o chamado dolo *ab initio*, é anterior à entrega da coisa, há o estelionato¹¹.

¹¹ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 880.

Deste modo, inexistido o dolo em momento anterior à posse ou detenção, já que legítima nos casos em que o familiar simplesmente exerce a administração dos valores em favor do beneficiário, impossível falar em estelionato.

Pode-se questionar que, a partir do momento em que o beneficiário morre, acaba a relação entre este e o terceiro que exerce a administração dos valores, e, portanto cessada está a legítima posse. Em verdade, os próprios valores depositados não mais pertencem ao beneficiário falecido, e sim à Administração.

Contudo, conforme já apontado, a obrigação do parente do beneficiário restringe-se a declarar o óbito, para que seja lavrada a respectiva certidão, e não comunicá-lo diretamente ao INSS ou Administração militar, vez que não existe lei que o obrigue a tanto.

Nesta senda, considerar como fraude a simples não comunicação do óbito à Administração Militar, seria pressupor que, a partir do momento em que não comunica a morte do familiar (conduta que não lhe é exigida por lei e, portanto, não obrigatória), o sujeito já estava predisposto a apropriar-se dos valores (dolo *ab initio*), o que pode não condizer com a realidade.

Neste caso, em que havia uma legítima e anterior posse, a fim de que fossem geridos os valores em favor do beneficiário, ou admite-se que continua a haver uma posse legítima e, configurado está o crime de apropriação indébita com a inversão do *animus*, ou admite-se que houve uma quebra da cadeia, pois agora os valores não mais pertencem ao beneficiário, mas sim à Administração, de modo que, o erro em continuar a depositar os valores conduz ao cometimento de crime de apropriação de coisa havida acidentalmente, em face do erro da Administração, que não pode ser imputado ao particular, já que não está obrigado a comunicar o óbito.

O que consideramos inconcebível é tratar tal conduta como estelionato, vez que, o erro em que está a administração não pode ser imputado ao agente.

4.3 Da impossibilidade de estelionato omissivo

Conforme o conceito analítico, crime é o fato típico, ilícito e culpável. Por sua vez, o fato típico possui os seguintes elementos: conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

Para falar em crime, portanto, necessária a existência de uma conduta. Tal conduta pode ser comissiva ou omissiva.

Conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação do corpo humano voltado a uma finalidade. A ação (*facere*) e a omissão (*non facere*) constituem as formas básicas do fato punível, mas com estruturas distintas. Com a ação transgride-se uma proibição. Com a omissão transgride-se uma ordem, que impõe um comportamento ativo. Compõem-se, pois, de um comportamento interior (subjeto), de conteúdo psicológico, que é a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e da consideração dos efeitos concomitantes ou necessários ao fim proposto¹².

O crime omissivo pode ser próprio ou impróprio. Nos crimes omissivos próprios, a omissão integra o próprio tipo penal, que se configura pela existência de núcleos que já denotam uma conduta passiva, como, por exemplo, “deixar” e “omitir”. Nestes crimes, caso a conduta do agente se enquadre ao tipo penal, configurado está o delito. É o que ocorre, por exemplo, no crime de omissão de lealdade militar, previsto no art. 151 do Código Penal Militar, que tipifica a conduta de “deixar o militar ou assemelhado de levar ao conhecimento do superior o motim ou revolta de cuja preparação teve notícia”.

Contudo, mesmo que o tipo penal não seja propriamente omissivo, ainda assim é possível que o agente, de maneira omissiva, nele incida. Nes-

¹² ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 146-147.

tes casos, revela-se o crime omissivo impróprio. Essa hipótese tem previsão tanto no Código Penal, quanto no Código Penal Militar, nos artigos 13, § 2º e 29, §2º, respectivamente.

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§ 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Nos tipos comissivos, a omissão apenas ganha relevância quando existe o dever de agir por parte do indivíduo, que ostenta a condição de garantidor. Esse dever pode ser legal, decorrer de outra forma de assunção de responsabilidade (contrato, por exemplo), ou de comportamento anterior

que gerou o risco. Nestes casos, há um dever jurídico de evitar o resultado. Segundo Enio Luiz Rosseto, o resultado não é imputado a alguém pela omissão, mas pela falta da ação juridicamente exigível, o que torna a omissão penalmente relevante¹³.

Em suma, no crime omissivo próprio, a conduta omissiva integra o próprio tipo penal, podendo ser praticada por qualquer pessoa, desde que preenchidos os elementos do tipo. No crime omissivo impróprio, para incidir no tipo penal, o agente deve ter condição específica de garantidor da não ocorrência do resultado.

Essa exigência de ação a evitar o risco pode ser indistinta, geral, a alcançar todos aqueles sujeitos à norma penal, e expressa no tipo penal, configurando-se a omissão própria, ou pode ser específica, determinada a certas pessoas que adquiriram a condição de garantidor do bem jurídico, quando se configura a omissão imprópria¹⁴.

O crime de estelionato, cujo *caput* possui a mesma definição, seja no Código Penal, seja no Código Penal Militar, possui a seguinte tipificação: “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”.

Conforme é possível depreender da leitura do artigo, o crime se configura com a obtenção de vantagem ilícita, após a indução ou manutenção de alguém em erro. Assim, exige-se do agente uma conduta comissiva, no sentido de induzir ou manter alguém em erro, motivo pelo qual entendemos tratar-se de crime que somente admite a modalidade comissiva.

Entendimento diverso é apresentado por Rogério Greco, para quem, o estelionato pode ser omissivo, na modalidade “manter em erro”, conforme classificação doutrinária por ele proposta para o crime.

¹³ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 159-160.

¹⁴ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250-251.

Analisando a figura típica fundamental, podemos concluir que o estelionato é um crime comum tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; material; comissivo e omissivo (tendo em vista ser possível esse raciocínio através da conduta de manter a vítima em erro); de forma livre (pois qualquer fraude pode ser usada como meio para a prática do crime); instantâneo (podendo, ocasionalmente, ser reconhecido como instantâneo de efeitos permanentes, quando houver, por exemplo, a perda ou destruição da coisa obtida por meio de fraude); de dano; monossubjetivo, plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado)¹⁵. (grifo nosso)

No mesmo sentido, de ser possível o cometimento de estelionato por omissão, embora reconhecendo posicionamento doutrinário em sentido contrário, Coimbra Neves e Streinfinger:

É possível, ademais, que o sujeito passivo já esteja com uma falsa compreensão da realidade, que é mantida pelo agente pela sua conduta fraudulenta, configurando-se a modalidade “mantendo alguém em erro”, prevista no tipo em estudo. Mesmo nesta segunda possibilidade – manter a vítima em erro –, destaque-se, há o entendimento, do qual discordamos, de que o comportamento do sujeito ativo deva ser comissivo, fazendo algo que mantenha a vítima no equívoco em que se encontrava. Parece mais acertada, no entanto, a visão de que é possível a manutenção em erro, caracterizadora da fraude, por conduta omissiva¹⁶. (grifo nosso)

Para aqueles que entendem pela possibilidade de o estelionato ser cometido por omissão, ao se manter em silêncio, como ocorre, por exem-

¹⁵ GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume II. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 818.

¹⁶ NEVES, C. R. C.; STREINFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1216.

plo, quando o indivíduo não comunica o óbito do beneficiário (aposentado ou pensionista) ao INSS ou à Administração Militar, haveria o crime de estelionato, pois a vítima estaria sendo mantida em erro pelo “malicioso silêncio” do agente.

Este entendimento, contudo encontra três óbices: o primeiro, como já demonstrado, é a inexistência de dever legal de comunicar o óbito; o segundo, é a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de demonstrar a preexistência do dolo; o terceiro é a impossibilidade de haver estelionato por omissão, como entendemos.

Mesmo na modalidade manter em erro, nota-se a necessidade de uma conduta comissiva por parte do agente no sentido de manter a vítima em erro, sendo impossível sua configuração pelo silêncio ou inatividade, condutas estas, omissivas. Outro não é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt.

Em outros termos, a obtenção da vantagem ou proveito ilícito decorre da circunstância de o agente induzir a vítima ao erro ou de mantê-la no estado de erro em que se encontra. Enfim, é possível que o agente provoque a incursão da vítima em erro ou apenas se aproveite dessa situação em que a vítima se encontra. De qualquer sorte, nas duas modalidades comete o crime de estelionato. Mas, parece-nos importante destacar que, mesmo na segunda hipótese, a conduta é comissiva, pois para “manter” o agente deve agir positivamente¹⁷. (grifo nosso)

Deste modo, por entender ser o estelionato um tipo comissivo, impossível aceitar que ele possa configurar-se pelo simples silêncio, inatividade, omissão. Mas do que o simples silêncio, necessária uma ação positiva do agente do sentido de induzir ou manter a vítima em erro. Pelo exposto, impossível admitir como estelionato o simples fato de não comunicar o

¹⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

óbito do familiar diretamente à Administração Militar ou ao INSS, vez que tal conduta é omissiva.

Por fim, também não há que se falar em omissão imprópria, pois inexistente para o cidadão o dever de evitar o dano, não ostentando, portanto, a condição de garantidor (imprescindível para a configuração do delito omissivo impróprio) do patrimônio da União, sendo sua conduta omissiva penalmente irrelevante.

A omissão impura também configura a não realização da ação exigida pela ordem jurídica, mas ao contrário da omissão pura – cujo sujeito ativo eventualmente é qualquer pessoa e cuja realização automaticamente consuma o delito –, o agente é necessariamente e sempre o garantidor/garante da não ocorrência do resultado naturalístico, ex vi do art. 29, § 2º, do CPM. Além do que, quando o garantidor lança mão da omissão imprópria, esta, por si só, não consuma o delito, devendo o momento consumativo aguardar a realização de um evento, pena de se quedar tentado.

[...]

O crime comissivo por omissão é constituído sobre dois alicerces: a norma genérica do art. 29, § 2º, do CPM, que identifica no sujeito ativo o status de garantidor diante do caso concreto; e o tipo penal incriminador que define crime comissivo¹⁸. (grifos nossos)

5. CONCLUSÃO

O princípio da taxatividade exige que a lei penal seja taxativa, descrevendo de maneira pormenorizada seus elementos, evitando com isso tipos vagos, ambíguos ou imprecisos. A taxatividade penal traz segurança jurídica, constituindo uma garantia ao cidadão. Por esse motivo, deve ter o Legislador esmero na criação dos tipos penais. Do mesmo

¹⁸ ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015, p 488.

modo, cabe ao Estado-Juiz o mesmo zelo para aplicação das leis, quando da análise do caso concreto.

Conforme demonstrado existem diferenças cruciais entre os tipos penais de estelionato e apropriação indébita, de modo que, só à luz do caso concreto, e com uma análise minudente, é possível aferir em qual tipo penal se encaixa a conduta.

No caso do saque de proventos de aposentado ou pensionista, após sua morte, pelos seus familiares, a resposta não pode ser dada *a priori*, pois somente o caso concreto será capaz de revelar à qual tipo penal se subsume a conduta. Não pensar nas diferenças entre as condutas de quem é estelionatário, apropria-se de coisa de que tinha posse ou detenção, ou se apropria de coisa vinda por erro, é ignorar a vontade do legislador, e conferir a condutas diversas o mesmo tratamento penal, em afronta aos princípios constitucionais e processuais penais.

A nosso ver, por todas as considerações trazidas ao longo do texto, no caso do indivíduo que, após a morte de seu familiar, simplesmente permanece inerte e não comunica o óbito, impossível falar em estelionato, seja pela inexistência do dever legal de fazê-lo, seja pela inexistência (ou impossibilidade de demonstração) do dolo antecedente, seja pela impossibilidade de o crime de estelionato ser cometido por omissão, seja própria, seja imprópria.

Tratar como estelionato a conduta de quem simplesmente não comunicou o óbito diretamente à administração militar ou ao INSS (condutas que não são exigidas por lei), conforme o caso, e, de maneira indevida, apropriou-se de valores que não lhe pertenciam, é o mesmo que ignorar a vontade do legislador e impor sanção mais severa que a adequada ao caso, conferindo tratamento penal mais severo a indivíduos que, em verdade, não são estelionatários, pois não demonstram especial engenho, astúcia, artifício ou ardid em suas condutas.

Essa conduta, em verdade, melhor parece se adequar aos crimes de apropriação indébita, seja simples, seja de coisa havida acidentalmente, conforme se reconheça a existência de legítima anterior posse ou detenção, ou se tratar de mero erro da Administração, respectivamente. O que não se pode

admitir, por tudo quanto exposto, é que tal conduta seja tratada como estelionato.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal, 3: parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSATO, P. C. *Direito Penal: parte especial 2*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

