

Súmula n. 17

SÚMULA N. 17

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

Referência:

CP, arts. 70 e 171.

Precedentes:

REsp 284-SP	(6ª T, 14.11.1989 — DJ 04.12.1989)
REsp 1.391-SP	(6ª T, 13.03.1990 — DJ 02.04.1990)
REsp 1.453-SP	(6ª T, 13.02.1990 — DJ 05.03.1990)
REsp 1.564-SP	(6ª T, 06.02.1990 — DJ 05.03.1990)
REsp 2.622-SP	(5ª T, 08.08.1990 — DJ 27.08.1990)

Terceira Seção, em 20.11.1990

DJ 28.11.1990, p. 13.963

RECURSO ESPECIAL N. 284-SP (1989/86120)

Relator: Ministro William Patterson

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Carlos Henrique de Lima

Advogados: Drs. Clóvis Ferraz de Macedo e outro

EMENTA

Penal. Estelionato. **Falsum**. Concurso formal. Quando não ocorre.

Se o **falsum** esgota-se na prática do crime-fim (estelionato), sem possibilidade de ser utilizado em outras ações delituosas, inexistente a figura do concurso formal, pois o primeiro fica absorvido pelo segundo.

Recurso especial conhecido, porém desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso especial mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 14 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro William Patterson, Presidente e Relator

DJ 04.12.1989

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do seu digno representante, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, **verbis**:

“Na Comarca de São Paulo, perante a 23ª Vara Criminal foi denunciado Carlos Henrique de Lima pela prática, em concurso material, dos delitos de furto, falsificação e estelionato.

Regularmente processado veio a ser condenado à pena de 04 anos de reclusão, além de multa, correspondendo, este total de 04 anos de reclusão, a 01 ano pelo furto, 02 anos pela falsificação e 01 ano pelo estelionato.

Posteriormente, por revisão criminal, obteve redução da pena para 02 anos de reclusão, correspondendo o total à soma de 1 ano pelo furto e mais 01 ano pelo estelionato. É que o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo seu órgão competente, considerou absorvida pelo estelionato a falsificação. Deliberou o ilustre Colegiado Paulista:

‘A maioria desta egrégia Seção Criminal perfilha a orientação segundo a qual, em caos tais, o falso é absorvido pelo estelionato, pois aquele se constitui em meio à perpetração deste último delito’ (autos, fl. 79)

Desta decisão interpôs recurso extraordinário o Ministério Público no Estado de São Paulo, dando-lhe suporte no art. 119, III, **d**, da Constituição Federal. Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido dissente das decisões que colaciona, no sentido de que a falsidade e estelionato, quando aquela é mais para a prática deste, devem ser punidos como crimes cometidos em concurso formal — e pede que:

‘Conhecido e provido o seu reclamo, seja cassado o v. acórdão recorrido, restabelecendo-se a condenação do acionado, como fora corretamente firmado em primeira instância’. (Autos, fl. 88)”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial, pois comprovada, de modo suficiente, a divergência jurisprudencial.

De meritis, em que pese a reiterada orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao do acórdão recorrido, o certo é que o extinto Tribunal Federal de Recursos resistia à posição do Pretório excelso, ao sempre entender que o **falsum**, constituindo delito-meio, é absorvido pelo estelionato (delito-fim).

Nesse sentido votei em várias oportunidades, como, por exemplo, nas Apelações Criminais ns. 3.931-RJ; 4.011-SP; 5.052-MG e 5.543-SP

Recentemente, nesta colenda Sexta Turma, o eminente Ministro Costa Leite, ao julgar o REsp n. 259-RS, colocou-se em posição intermediária, ao concluir haver possibilidade da ocorrência de concurso formal quando o **falsum** não se esgota na prática do crime-fim, no caso, o estelionato. Todavia, se aquele não tem e nem pode ter repercussão em outra ação delituosa, deve-se concebê-lo subsumido pelo segundo. Na oportunidade, manifestei minha adesão ao brilhante voto, motivo pelo qual se impõe aplicar, neste caso, idêntico entendimento.

No particular, trata-se de falsificação de cheque e uso deste para pagamento de serviços médicos, circunstância que caracterizou a figura do estelionato (art. 171 do Código Penal). Ora, se assim foi, a falsificação está inteiramente exaurida e sem possibilidade de sua utilização para o cometimento de outras infrações. Não resta a menor dúvida que, na espécie, a absorção deve ser reconhecida, sem lugar para o invocado concurso formal.

Aliás, no voto condutor do v. acórdão recorrido a situação foi esclarecida, observada essa mesma linha. É o que se lê nesse trecho, (fl. 79) **verbis**:

“A maioria desta egrégia Seção Criminal perfilha a orientação segundo a qual, em casos que tais, o falso é absorvido pelo estelionato, pois aquele se constitui um meio à perpetração deste último delito.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.391-SP (1989/0011732-7)

Relator: Ministro José Cândido

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Luiz Carlos Pereira

Advogados: Drs. Guaraci Rodrigues de Andrade e outro

EMENTA

Uso de documento falso e estelionato. Arts. 304 e 171 do Código Penal. Falta de justa causa para a condenação pelo estelionato. Pena imposta somente ao uso de documento falso. Sua posterior absolvição em revisão criminal. Concurso de crimes. Sistema de absorção.

Praticados os dois crimes em concurso material ou formal, como querem as correntes que divergem sobre o tema, nada impede sejam adotadas as regras do crime progressivo (o primeiro crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução do segundo), podendo operar-se a absorção com base no princípio da consunção, capítulo Do Concurso Aparente de Normas Penais.

Inexistindo justa causa para a condenação pelo estelionato, meta a ser atingida pelo agente, em ação dirigida para esse fim, nenhum empecilho pode ocorrer à absolvição do réu pelo crime-meio. Confirmada a decisão do Tribunal **a quo**, em sede de revisão criminal.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 13 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro William Patterson, Presidente
Ministro José Cândido, Relator

DJ 02.04.1990

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: A Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, com fundamento nas letras **a** e **c**, do art. 105, III, da Constituição, do acórdão da Seção Criminal do Tribunal de Justiça que, por maioria de votos (10 contra 09), deferiu pedido de revisão e absolveu Luiz Carlos Pereira, condenado a 2 anos e 4 meses de reclusão e multa, por infração ao art. 304, combinado com o art. 70, ambos do Código Penal.

Pretendera o condenado, na revisão, redução da pena, por não ter sido observado o comportamento da vítima, que teve especial relevância para a consumação do crime (relatório, fl. 18).

A sentença dispusera nestes termos:

“Julgo a acusação parcialmente procedente, pois efetivamente em duas oportunidades o acusado fez uso de carteira de identidade falsificada, falsificando também cheques em nome de Jorge Gracioso, conseguindo abastecer seu veículo, em posto de gasolina. Ao que parece, saldou o débito antes do recebimento da denúncia, e assim fica afastada a acusação quanto ao art. 171.

Resta, porém, o uso de documentos falsos, fato provado e confessado, destacando-se que o acionado não veio a juízo desmentir a plena confissão anterior.” (Sentença, fl. 71, autos em apenso)

Pelo crime do art. 304, de fazer uso de papéis falsificados, adveio a condenação, confirmada pela Terceira Câmara do Tribunal de Justiça.

Afastada a acusação quanto ao estelionato, pela sentença, entendeu o acórdão recorrido de absolver o condenado sob o fundamento assim expresso:

“Adotado, então, esse entendimento, segundo o qual, nas hipóteses em que o agente falsifica documento, para com ele procurar induzir a vítima em erro e obter vantagem ilícita, o que deve prevalecer é o crime-fim, mais especificamente, o estelionato, prejudicado o crime-meio, isto é, o falso, no caso concreto, mais não resta que absolver o peticionário, já que o crime por que acabou condenado, mero expediente de que se valeu o agente para chegar a seu desiderato, não comportava reconhecimento pelas razões apontadas.” (Fl. 20)

Declaração de voto-vencido às fls. 22/26, indeferindo a revisão.

As razões do recurso especial encontram-se às fls. 30/42, pedindo o restabelecimento da sentença condenatória.

Contra-razões às fls. 37/44.

O eminente Vice-Presidente do Tribunal de Justiça admitiu o recurso pela letra **c**, por bem demonstrado o dissídio jurisprudencial. (Fl. 48)

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento e não provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A revisão criminal teve por objeto a diminuição da pena imposta ao peticionário, “sob o fundamento de que a conduta da vítima teve especial relevância para a consumação criminosa” (fl. 04). Além disso, não fora levado em conta, pelo juízo da condenação, o seu **status** de réu primário e de boa conduta social. Todos esses aspectos relevantes estão hoje incluídos entre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, e deveriam ter sido examinados.

Já o Ministério Público considera que o Tribunal **a quo**, ao apreciar a revisão, teria decidido **ultra petita**, desde que absolveu o réu do delito de uso de documento falso, único a que fora condenado pelo juízo de primeiro grau. Não merece reparo essa liberalidade, em lugar da pretendida diminuição da pena, na sede do juízo da revisão, porque ela está expressamente contida na lei processual penal, art. 626. Sob esse aspecto o apelo é irrelevante.

Centra-se o ponto vital do presente recurso, na resistência de seu ilustre signatário ao acórdão impugnado, por haver divergido da Suprema Corte e de “número ponderável de juízes do próprio Tribunal de São Paulo”, ao adotar o sistema de absorção, na seqüência dos crimes de uso de documento falso e estelionato, quando o certo seria seguir a corrente vitoriosa que, na hipótese dos autos, faz prevalecer o concurso formal. Assim, teria ocorrido violação do art. 621 do Código de Processo Penal, e divergência jurisprudencial, legitimando o presente recurso.

Por força disso, tenho-o, preliminarmente, como cabível, o que me permite o exame da causa.

O tema suscitado tem permitido longo debate, e não encontrará desfecho neste julgamento. São profundas as divergências surgidas sobre o que realmente ocorre entre o **falsum** e o uso do documento falso perante o estelionato.

Quatro correntes disputam a solução do problema: pela primeira, o crime-meio é absorvido pelo crime-fim. A conduta anterior (**falsum** ou uso do documento falso) se põe na linha do estelionato, resultando a absorção do crime-meio. Foi a orientação seguida pelo Tribunal **a quo**, apoiado na teoria finalista da ação, que se caracteriza pela antecipada representação do fim, no pensamento do autor, segundo **Welzel**. Esta corrente tem farto apoio na jurisprudência. A segunda admite a prevalência do crime de **falsum** ou do uso de documento falso. Tem, igualmente, substancial apoio dos Tribunais.

A terceira opta pelo concurso material do falso e estelionato. Duas objetividades jurídicas seriam atingidas, a fé pública e o patrimônio, por isso que somadas as penas.

A quarta e última elege o concurso formal. Prepondera a unidade da ação com o alcance de dois resultados. O STF tem consagrado, através de inúmeras decisões, a ocorrência do concurso formal (Cf. **Júlio Mirabete**, “Manual de Direito Penal”,, Parte especial, vol. 3ª, Ed. Atlas, 1987, pp. 225/226).

O ex-TFR adotou amplamente a primeira orientação, isto é, a absorção do crime-meio, da qual sempre divergi, por entender que do ponto de vista dogmático, a controvérsia havia desaparecido com o Código Penal de 1969, ao optar pelo concurso formal, com base no crime de falsidade. Definia o artigo 343, no Capítulo de “Disposição Geral”, sob a rubrica de “falsidade como meio de outro crime:

“Art. 343 - Se o crime contra a fé pública constituir meio para a prática de outro crime, aplica-se a regra do § 1º do art. 65” (concurso formal).

Por sua vez, era explícita a “Exposição de Motivos” ao acentuar:

“80. - O projeto inova numa disposição geral, ao estabelecer que, se o crime contra a fé pública for o único meio empregado na prática de outro crime, o agente responderá tão-somente pela falsidade, mas com a pena aumentada de um a dois terços”.

O Código Penal de 1969 não chegou a entrar em vigor. E as correntes doutrinárias e as jurisprudenciais se desdobram ainda agora, procurando dirimir as dúvidas suscitadas pelo tema.

No caso dos autos, a denúncia se restringe à prática dos crimes definidos nos artigos 304 e 171, combinados como artigo 51, § 2º (atualmente art. 71), todos do Código Penal. A alteração anterior da Carteira de Identidade e falsificação de assinatura dos cheques encontrados pelo réu, foi obra de uma terceira pessoa, desconhecida, alheia, portanto, à ação penal. O réu não foi tomado como co-autor. Desta forma, temos que considerar apenas a prática sucessiva do uso de documento falso e o do estelionato, do qual o acusado foi excluído pela sentença. O Código italiano tem uma figura típica para a hipótese em julgamento, isto é, para o uso de documento falso que terceira pessoa preparou (art. 489 - *Uso di atto falso: ... fa uso di un atto falso... senza essere concorso nella falsità...*). Não há, portanto, examinar os atos anteriores da falsificação. Resta somente o uso de documento falso perante o estelionato.

O art. 304 do Código Penal define um crime instantâneo, que se consuma com o primeiro ato de uso do documento, ainda que o agente não obtenha a vantagem colimada (**Hungria**). Empregado como instrumento de obtenção de vantagem ilícita (art. 171), se consumado o segundo delito, ou tentado, estará completo o **concursum delictorum**, formal ou material, como demonstram inúmeros julgados, ora em favor de um, ora do outro. Para os que defendem a hipótese do concurso formal, os dois crimes derivam de única ação, por isso devem ser tratados pela regra do artigo 70 do Código Penal. Para os que adotam a segunda, há dois atos, ou duas ações, claramente identificadas, formando o concurso material.

Como é sabido, o Código Penal contempla três espécies de concurso de crimes (material, formal e continuado), que correspondem a dois sistemas de penas: o do cúmulo material, art. 69, e o da exasperação, arts. 70 e 71. Os demais sistemas conhecidos, o da acumulação jurídica; o da responsabilidade única; da pena progressiva única, e o da absorção, não têm apoio na nossa lei penal.

A despeito disso, a doutrina e a jurisprudência têm prestigiado e adotado o sistema da absorção. Ele decorre das regras do concurso aparente de leis punitivas, mais especificamente do princípio da consunção.

O sistema da absorção tem convivido com as duas formas de concurso (material e formal), toda vez que “a nossa incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa” (art. 5^a, letra **c**, do Anteprojeto do Código Penal de 1969, assinado por **Nelson Hungria**). “São as fases do crime progressivo. Há nelas crimes independentes. Mas prevalece o princípio **major absorbet minorem**. Os fatos relacionados pela consunção Sucedem-se em escala de **minus a plus**, de parte ao todo, de meio a fim. A relação consuntiva ainda se trava entre normas que incriminam fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático. **Lex Consumens legi consumptae**” (cf. — “Concurso Aparente de Normas Penais” — Tese para concurso de professor assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 1972, pelo prof. **José Cândido de Carvalho Filho**).

Esta orientação poderia estar consagrada pelo Código Penal, não fosse a resistência da Comissão Revisora do Projeto do Código Penal de 1969, à idéia do professor **Nelson Hungria**, de incluir na sua Parte Geral a regra do Conflito. Ainda que sem norma de aplicação, o Judiciário vem adotando a absorção, criando caminho ao oportuno abrigo da lei penal.

Não há nenhuma dificuldade em que o falso prepondere sobre o estelionato, ao invés da progressão menos para mais. O delito progressivo, embora se suponha “uma atividade criminal que se desenvolve passando de formas menos graves a mais graves (**Maggiore** — “Direito Penal”, Ed. Temis — Bogotá, 1971, vol. 1, p. 293), tem admitido que o crime mais grave prepondere ainda que não seja o crime-fim, atendendo ao princípio de que o maior contém o menor, indiferente à escala progressiva. Neste sentido posicionou-se o Código Penal de 1969, ao determinar que, no concurso formal, o agente deveria responder tão-somente pela falsidade (Exposição de Motivos n. 80), quebrando a regra da progressão.

Observa-se, assim, que o problema resume-se às duas formas de concurso, material e formal, ambas podendo admitir as regra do crime progressivo, desde quando ele se caracterize pela ocorrência de vários delitos unidos por uma relação de sucessão temporal, praticados pelo mesmo sujeito (cf. **Maggiore, ob. cit.** vol. II, p. 163).

A tese do Ministério Público é a de que a espécie dos autos envolve concurso formal, a ser resolvido pela regra do artigo 70 da lei punitiva. Como fundamento jurisprudencial, transcreve algumas ementas de decisões do STF, das quais destaco a de que foi Relator o Ministro Moreira Alves, **verbis**:

“Tentativa de estelionato com uso de documento falso. Firmou-se em ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, em casos como o da espécie, ocorre concurso formal de delitos. **Habeas corpus** concedido de ofício, para que a pena seja fixada pelo juízo das Execuções Criminais, com base no concurso formal de crimes” (HC n. 57.962-1-RJ — em 20.06.1980, RT 554/460).

Com apoio nessa decisão, como já visto, entende o recorrente que o Tribunal **a quo** dissentiu da Suprema Corte, ensejando o presente apelo. A atender a orientação

do Pretório excelso, restaria o crime-meio (uso de documento falso), não permitindo a absolvição concedida em decorrência da revisão criminal. Isto é, estaria preservada, **in totum**, a sentença de primeiro grau, que condenou o réu simplesmente pelo crime-meio, praticado em forma continuada, já que desprezou o estelionato, sob o argumento de que, “ao que parece”, o “acusado saldou o débito antes do recebimento da denúncia”, ficando “afastada a acusação quanto ao artigo 171 (fl. 73).

Esta decisão do juízo de primeiro grau deixa evidenciada a sua opção pela tese do concurso material. Considerou os crimes como resultantes de ações diversas. Inexistindo justa causa para a condenação pelo estelionato, condenou o réu apenas pelo art. 304 do Código Penal. Vale dizer, não recorreu ao processo de absorção, posteriormente reconhecido pelo egrégio Tribunal **a quo**, ao julgar a revisão criminal, apoiando-se na ação finalista, prestigiada pela reforma da Lei n. 7.209, de 11.07.1984. Prevalecendo o estelionato, **meta optata**, e desaparecido pela falta de justa causa, o juízo da revisão negou sobrevida ao uso do falso, já atingido pela absorção. As divergências sobre a orientação do Tribunal **a quo**, podem ser profundas, mas é respeitável pelo senso jurídico que a protege. Manter a condenação pelo crime de uso de documento falso era adotar a teoria do concurso material, exclusivo. Era negar a ação finalista que emprestou apoio à decisão hostilizada.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso especial. Confirmando a decisão atacada.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite: Sr. Presidente, esta Turma já enfrentou por duas oportunidades essa tormentosa questão relativa ao falso e ao estelionato e, em ambas, prevaleceu o entendimento de que há a absorção em uma única hipótese, vale dizer, quando o falso se exaure no estelionato, não lhe restando, pois, potencialidade lesiva. Indago, pois, do eminente Relator se a falsificação envolveu, além do cheque, a carteira de identidade.

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Não. A carteira não está envolvendo o rapaz. A falsificação é só do cheque.

O Sr. Ministro Costa Leite: Assim sendo, é de prevalecer a tese da absorção, na conformidade dos precedentes.

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A carteira foi feita por outra pessoa que não apareceu no processo.

O Sr. Ministro Costa Leite: Acompanho o Sr. Ministro-Relator, Sr. Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Trindade: Sr. Presidente, embora entenda que o art. 626 do Código de Processo Penal não dá ao Tribunal o poder de julgar além do pedido,

acompanho o eminente Ministro-Relator, por considerar que consulta a melhor aplicação do direito a decisão de fundo.

RECURSO ESPECIAL N. 1.453-SP (1989/119850)

Relator: Ministro Dias Trindade

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Aguinaldo Luiz Vitiello Alves

Advogados: Drs. Margarida Helena Nogueira Paula e outro

EMENTA

Penal. Recurso especial. Coisa julgada. Não-conhecimento.

Transitada em julgado, para a Justiça Pública, a sentença que teve por absorvido delito de falsidade pelo estelionato, não se conhece de recurso especial do Ministério Público que ataca essa consunção, sob o pálio de divergência jurisprudencial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro William Patterson, Presidente

Ministro Dias Trindade, Relator

DJ 05.03.1990

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Trindade: Com fundamento no inciso c do art. 105, III, da Constituição, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso especial de acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, que, acolhendo parcialmente apelação do réu Aguinaldo Luiz Vitiello Alves, reduziu a pena que lhe fora imposta pela prática dos delitos de tentativa de estelionato e de uso de documento falso, descaracterizando a última figura delituosa.

Diz que o acórdão entra em dissídio com a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende existente o concurso formal dos delitos de falsidade de documento com o estelionato, inadmitida a absorção do primeiro pelo crime-fim.

Processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal. Colhi parecer do Ministério Público, que se pronunciou pelo improvimento do recurso.

É como relato.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Trindade (Relator): O recurso se apresenta equivocado, por isso que a matéria referente à absorção do crime de falsidade documental pela tentativa de estelionato transitou em julgado, não sendo objeto de recurso da Justiça Pública.

Da sentença que assim decidiu apenas a defesa apelou, de modo que não restou devolvida a questão que agora se quer fazer renascer em recurso especial.

Esclareço: a sentença julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o réu pela tentativa de estelionato e pelo uso de documento falso, em concurso material, considerando absorvido o delito de falsidade de documento pelo de estelionato; sem recurso do Ministério Público, o acórdão, ao dar provimento parcial à apelação do réu, afastou, como conduta posterior não punível, o uso do documento falso.

E o recurso especial visa, exatamente, a ver reconhecida a existência de concurso formal dos delitos do art. 297 e 171, questão já passada em julgado.

Demais disto, a decisão recorrida se apresenta correta, uma vez que o uso de documento falso, pelo autor da contratação, constitui exaurimento do **falsum**, conduta posterior não punível autonomamente. E, como a consunção da falsidade na tentativa de estelionato já se apresenta como coisa julgada, não haveria de como subsistir a condenação pelo uso de documento falso.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 1.564-SP (1989/0012338-6)

Relator: Ministro Costa Leite

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Mauro Roberto Machado

Advogado: Dr. Acioly Pereira

EMENTA

Penal. Absorção do falso pelo estelionato.

Quando o falso se exaure no estelionato, não lhe restando, pois, potencialidade lesiva, é por este absorvido. Precedentes. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial pela letra **c** do dispositivo constitucional invocado, e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro William Patterson, Presidente

Ministro Costa Leite, Relator

DJ 05.03.1990

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: O eminente Desembargador Marino Emílio Falção Lopes, 2ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em exercício, assim resumiu a espécie, no despacho de fl. 130:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Dr. Procurador-Geral de Justiça, contra acórdão unânime da egrégia Segunda Câmara Criminal deste Tribunal, que reconheceu a absorção do crime de falso pelo estelionato, assim confirmando a decisão de primeira instância.

Sustenta o ilustre recorrente, com fundamento no artigo 119, III, letra **d**, da Constituição Federal, que entendendo absorvido o crime de falso pelo crime de estelionato, o aresto hostilizado dissentiu da jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, em hipóteses semelhantes, há de ser reconhecido o concurso formal de crimes.”

Admitido e processado o recurso, foram os autos alçados ao colendo Supremo Tribunal Federal. Dada a conversão, **ipso jure**, do recurso extraordinário em especial, por versar unicamente matéria infraconstitucional, o eminente Ministro Aldir Passarinho determinou a remessa dos mesmos a este Superior Tribunal de Justiça.

Oficiando no feito, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso, na conformidade do parecer de fls. 149/151, que porta a seguinte ementa:

“Penal. Falso e estelionato. Absorção daquele por este. Afastamento do concurso formal, quando o ‘falso se exaure no estelionato’. Precedente da Corte. Conhecimento e desprovemento.”

Este o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Como cuidou de alvitrar o parecer do Ministério Público Federal, esta Turma já firmou entendimento no sentido de que a tese da absorção é de ser invocada, afastado, em consequência o concurso formal, quando o falso se exaure no estelionato, não lhe restando, pois, potencialidade lesiva, tal como sucede na espécie vertente, em que houve obtenção de vantagem ilícita mediante o uso de cheque falsificado.

A propósito, peço vênia para ler o voto que proferi no Recurso Especial n. 259-RS, cuja cópia farei juntar, constituindo-se nas razões de decidir: (lê).

Na mesma linha, vale conferir o acórdão no Recurso Especial n. 284-SP da, lavra do eminente Ministro William Patterson, assim ementado:

“Penal. Estelionato. **Falsum**. Concurso Formal. Quando não ocorre.

Se o **falsum** esgota-se na prática do crime-fim (estelionato), sem possibilidade de ser utilizado em outras ações delituosas, inexistente a figura do concurso formal, pois o primeiro fica absorvido pelo segundo.

Recurso especial conhecido, porém desprovido.”

Destarte, Sr. Presidente, conheço do recurso, pela letra **c** do permissivo constitucional, porquanto inequivocamente demonstrada a divergência jurisprudencial, mas lhe nego provimento. É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): O v. acórdão recorrido, forte no entendimento de que o estelionato absorve o falso, consistindo este no meio empregado pelo agente para induzir ou manter a vítima em erro, dissente dos respeitáveis arestos do colendo Supremo Tribunal Federal colacionados pelo recorrente, que, cuidando do mesmo tema, afirmam a existência do concurso formal.

Como consabido, o tema é dos mais controvertidos, seja em sede doutrinária, seja em sede jurisprudencial, somando-se às aqui confrontadas duas outras posições: a que divisa o concurso material e a que sustenta a prevalência do falso, pontificando, com relação à última, o magistério de **Hungria**.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, mostrou-se vacilante, como anotou o saudoso Ministro Bilac Pinto, em percutiente voto proferido no RE n. 79.489 (RTJ 72/292).

No RE n. 63.584 (RTJ 46/667) e nos ERE n. 63.584 (RTJ 52/182), foi acolhida a tese da absorção do falso pelo estelionato; no RE n. 41.199 (RTJ 9/257), a do concurso material; no RE n. 58.543 (RTJ 35/435) e no HC n. 53.702 (RTJ 81/710), a atinente à prevalência do falso.

Só mais recentemente é que se firmou a orientação estampada nos acórdãos paradigmas, na conformidade, aliás, do pensamento da maioria dos nossos tratadistas, no sentido de que na concorrência do falso e do estelionato aplica-se a regra do concurso formal.

Conquanto concorde com essa orientação, calcada em sólidos e convincentes argumentos jurídicos, não a reputo totalmente incompatível com a tese da absorção, que, a meu juízo, é de ser invocada quando o falso se exaure no estelionato, não lhe restando, pois, potencialidade lesiva.

Isto porque, em tal hipótese, a fé pública se mantém incólume, aperfeiçoando-se tão-só a lesão patrimonial.

Com outras palavras, é o que expressa o voto-vogal do eminente Ministro Assis Toledo na Ação Penal n. 49-RS, julgada pelo Pleno do extinto Tribunal Federal de Recursos, **verbis**:

“Defendo a tese da possibilidade do concurso formal entre o falso e o estelionato, na hipótese em que o primeiro guarde de potencialidade para a lesão de outro bem jurídico. É o caso, por exemplo, da falsificação de documento público, utilizada para a prática de um determinado estelionato, quando o documento falsificado continua lesando a fé pública, com potencialidade para a prática de outros delitos.”

No mesmo diapasão, o voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra no HC n. 53.702 (RTJ 81/713), que, posto em reconhecer o concurso, faz a seguinte ressalva: a menos, é claro, que a falsidade seja elementar, ou seja, se o próprio falso é um simples instrumento ou ardil do estelionato. S. Ex^a. rematou o raciocínio afirmando que, nessa hipótese, o que se consuma é o estelionato.

Segue-se que a tese do concurso formal não é totalmente incompatível com a da absorção, como antes dito, tudo dependendo das circunstâncias de cada caso.

No caso vertente, segundo filtra da sentença e do acórdão, o falso se exauriu no estelionato, não lhe restando potencialidade lesiva.

Com efeito, foram falsificadas as primeiras vias de notas fiscais relativas à venda de insumos agrícolas (“notas calçadas”), para obtenção de recursos do Programa de Subsídios aos Preços dos Fertilizantes — Profert.

Assim sendo, Sr. Presidente, conheço do recurso, já que demonstrado dissídio jurisprudencial, mas lhe nego provimento. É meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 2.622-SP (1990/0002974-0)

Relator: Ministro Flaquer Scartezzini

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorridos: Claudemir Braga e Felisbela Diniz

Advogados: Drs. Sérgio Aranha da Silva Filho e Amauri Codonho

EMENTA

Penal — Falso e estelionato — Absorção daquele por este.

— Quando ocorre o exaurimento do crime de falso no de estelionato, não lhe restando eficácia para a prática de atos lesivos futuros, a tese da absorção é de ser invocada, afastando-se, em consequência o concurso formal.

— Precedentes jurisprudenciais.

— Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 08 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro José Dantas, Presidente

Ministro Flaquer Scartezzini, Relator

DJ 27.08.1990

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento na alínea **c**, inciso III, do art. 105 da Constituição, contra o v. acórdão da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por votação majoritária, adotou o tema da absorção do falso pelo estelionato.

Juntando acórdãos divergentes da egrégia Suprema Corte, pede o provimento do recurso para que seja reconhecida a figura do concurso formal.

Após as contra-razões subirem os autos, e nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria Geral da República se pronuncia pelo conhecimento e improvimento do presente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso foi interposto apenas com base na letra **c** do inciso III do art. 105 da CF, isto é, dissídio jurisprudencial.

Os arestos trazidos à colação pelo recorrente, da jurisprudência da egrégia Suprema Corte, dissentem da orientação da Primeira Câmara Criminal do egrégio

Tribunal de Justiça paulista, posto que em hipóteses semelhantes à dos autos, há de ser reconhecido o concurso formal de crimes.

Por tais razões, conheço do recurso pela letra **c** do permissivo constitucional.

No mérito, se bem que verdadeira a posição que tomou a egrégia Suprema Corte, estampada nos acórdãos colacionados pelo recorrente, mais recente a matéria tornou-se discutível, com correntes aplicando a regra do concurso formal, e outras abraçando a tese da absorção, quando o falso se exaure no estelionato. Nesta corrente filiou-se o eminente Ministro Cordeiro Guerra, citado no voto do REsp n. 259-RS, proferido pelo eminente Ministro Costa Leite, e que, a par de “reconhecer o concurso, faz a seguinte ressalva: a menos, é claro, que a falsidade seja elementar, ou seja, se o próprio falso é um simples instrumento ou ardil do estelionato”, rematando que, “nessa hipótese, o que se consuma é o estelionato.” (HC n. 53.702 — RTJ 81/713).

No mesmo voto proferido pelo eminente Ministro Costa Leite há citação a um trecho do voto do eminente Ministro Assis Toledo, proferido na Ação Penal n. 49-RS, julgada pelo Pleno do extinto TFR, cuja transcrição permito-me fazer, pois S. Ex^a, ali, defende a tese do concurso formal quando persista a potencialidade do falso para a prática de outros estelionatos. Diz S. Ex^a.:

“Defendo a tese da possibilidade do concurso formal entre o falso e o estelionato, na hipótese em que o primeiro guarde de potencialidade para a lesão de outro bem jurídico. É o caso, por exemplo, da falsificação de documento público, utilizada para a prática de um determinado estelionato, quando o documento falsificado continua lesando a fé pública, com potencialidade para a prática de outros delitos.”

Desta forma, poderemos entender a coexistência das teses de concurso formal e absorção. Na primeira, o falso detém potencialidade para a prática de outros delitos. Na segunda, o falso se exaure no estelionato, não lhe restando qualquer potencialidade lesiva.

A este respeito, entendendo o exaurimento do falso no estelionato, já tive oportunidade de me pronunciar.

In casu, depreende-se que o fato delituoso estaria na falsificação de documento público, qual seja, assinatura falsa em cheque do nome do titular, com o que o réu iludira um comerciante, adquirindo mercadorias com o mesmo. É evidente que o ato de usar o cheque falsificado para a prática do estelionato perde sua eficácia para atos futuros, o que caracteriza o falso se exaurindo no estelionato, não lhe restando potencialidade lesiva.

Com isso, filiando-me a esta corrente, conheço do recurso pelo permissivo constitucional do dissídio jurisprudencial, e lhe nego provimento.

É o meu voto.

