

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Supremo Tribunal Federal

RECURSO DE HABEAS CORPUS N.º 81.109 — MG

(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Recorrente: Mathias Enéas Mescolin

Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Habeas Corpus. *Interpretação do artigo 171, § 2.º, II, do Código Penal.*

— O citado dispositivo não contempla a hipótese de promitente comprador que não registra sua promessa, e, por isso, não pode opô-la ao que, posteriormente, recebeu de promitente vendedor o mesmo imóvel alienationis causa ou em garantia e registrou o instrumento em que se consubstanciou esse segundo negócio jurídico.

— Possibilidade, porém, de o fato, em face de circunstâncias ocorrentes no caso, mas não descritas na denúncia em causa, vir a constituir crime previsto em outro dispositivo penal.

Recurso ordinário provido em parte, para declarar inepta a denúncia.

ACÓRDÃO

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, prover o recurso nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de setembro de 1983.

Djaci Falcão, Presidente — Moreira Alves, Relator

RELATÓRIO

O Sr.. Ministro Moreira Alves: É este o teor do acórdão recorrido (fls. 71/79):

“O Sr. Juiz-Presidente: “Encontra-se inscrito para falar pelo paciente o Dr. Sidney F. Safe Silveira, a quem tenho a honra de dar a palavra neste instante.” (O advogado proferiu a sustentação oral).

O Sr. Juiz Guimarães Mendonça: ‘Ouvi, atentamente, a sustentação oral feita da tribuna, pelo ilustre Dr. Sidney Safe Silveira, e, tenho voto escrito, onde analiso todos os aspectos por ele abordados da tribuna. Passo a proferi-lo, neste instante:

Os Drs. Nilo Batista e Sidney F. Safe Silveira, brasileiros, casados, advogados, devidamente qualificados na inicial, com fundamento no art. 153, § 20 da Constituição Federal e art. 648, I, do CPP, solicitam a concessão de ordem de *habeas corpus* em favor de Mathias Enéas Mescolin, brasileiro, casado, empresário e advogado, residente na Av. Rio Branco, 2.900/1.601, em Juiz de Fora. Em síntese argüem os impetrantes que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal face à ação penal contra o mesmo ajuizada na 1.ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, para a qual falta a justa causa. Argüem que o paciente foi denunciado como incur-

so nas sanções cominadas pelo art. 171, § 2.º, inciso I do Código Penal, e nessa modalidade, pressupõe a lei penal, que a coisa dada em garantia seja alheia. Argüem que — “ao paciente e a seus sócios, se imputa o crime de “dar em garantia coisa alheia”, porque, no lícito exercício de atividade comercial, sua empresa gravou de hipoteca apartamento que prometera vender por contrato particular não inscrito. Falar-se de coisa alheia com respeito a esse apartamento, apenas comprometido à venda, é um disparate inaceitável. Os fatos são atípicos, e sendo assim não há justa causa para a ação penal” (fl. 9). Ante tais motivos, solicitam a concessão da ordem de *habeas corpus* com o fito de verem trancada a ação penal contra o paciente. A inicial foi instruída com os documentos constantes de fls. 13/29.

Solicitadas informações à digna autoridade apontada como coatora, prestou-se às fls. 41/44 e, acompanhando-as, vieram os documentos de fls. 45/65. Indo os autos à Procuradoria da Justiça, opinou no feito o digno Procurador de Justiça Dr. Reynaldo Lopes, o qual manifestou-se pela denegação da ordem.

Conforme se vê da denúncia ofertada pelo digno Promotor de Justiça, narra ela que a imobiliária Roma Ltda., que teve sua razão social posteriormente alterada, “vendeu a Marcus de Lima Moreira, através de contrato promissório, o apartamento n.º 616 e respectiva fração ideal de terreno, no Ed. Fagundes Netto (então em construção), situado à Rua São Mateus, nesta cidade, pelo preço certo e ajustado de Cr\$ 250.000,00”... Prosseguindo, afirma que o preço foi pago — “em duas prestações, sendo a primeira delas, no ato da assinatura do Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda e Construção, do valor de Cr\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil cruzeiros) e a segunda e última no dia 30-12-78 e do valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), tudo na conformidade do instrumento de contrato e promissória, quitados, em anexo”. Transcreve a denúncia a cláusula terceira do contrato promissório, onde se vê que a promitente vendedora se obriga a outorgar a escritura definitiva ao promissário comprador ou quem por ele for indicado, estipulando a cláusula 10.ª ser o contrato celebrado em caráter irrevogável, irretratável e inarrendável. Mais adiante, narra a denúncia, — que a empresa vendedora, por seus sócios epigrafados, depois de haver recebido, pontualmente e na sua integralidade, todo o dinheiro proveniente do negócio realizado, dirigiu-se à Agência da Caixa Econômica Federal e ali, sempre alentados pela voracidade do ludíbrio, deu mesmo imóvel em garantia hipotecária de um empréstimo obtido junto àquela Instituição Financeira. Locupletaram-se, assim, a empresa e consequentemente os seus referidos sócios à custa do patrimônio alheio, pois, receberam todo o dinheiro da venda do comprador e, em seguida, receberam, também, do Agente Financeiro Emprestador”. Afirma, mais a peça inaugural, que o ora Paciente e seus sócios agiram em conjunto, discutindo preço e condições do negócio, receberam o dinheiro na sua totalidade em nome da empresa, mantiveram contactos por telefone e pessoais com a vítima e, posteriormente, o Paciente e Amauri Messias dos Reis Bellei compareceram no contrato de mútuo celebrado com a Caixa Econômica Federal.

Tormentosa é a distinção entre fraude civil e penal, sendo, realmente, delicada a matéria. É certo que face ao contrato promissório que instrui o presente pedido, quitado inclusive antes do prazo nele avençado, teria o promitente-comprador o direito à chamada adjudicação compulsória, que é no dizer do eminente Prof. Darcy Bessone — “simples forma coativa e específica de uma obrigação de fazer” (Da Compra e Venda, n.º 60, pág. 170). As promessas de compra e venda de imóveis, ainda que não registradas, contêm obrigação de outorga de escritura definitiva por parte do promitente vendedor, uma vez cumpridas as obrigações do promitente comprador. Por não se encontrar inscrito no Reg. Imobiliário da comarca o contrato promissório de compra e venda, à vítima restou um direito pessoal, de cunho obrigacional. Se inscrito o contrato, com sua inscrição nasceria o direito real e com ele o de seqüela, e como sabido, tornaria ineficaz os atos jurídicos praticados pela empresa em relação ao apartamento prometido à venda.

Evidentemente, o contrato promissório de compra e venda, ainda que quitado e inarrendável, não transfere o domínio. Entretanto, a meu sentir, narra a denúncia um fato delituoso, imputando aos denunciados o fato de que, deram em garantia à Caixa Econômica Federal, em contrato de mútuo, um apartamento já prome-

tido à venda, com o preço totalmente pago, sendo o contrato inarrendável. Evidentemente, no âmbito do *habeas corpus*, somente se pode reconhecer falta de justa causa para a ação penal, quando há "divórcio entre a imputação fática contida na denúncia e os elementos de convicção em que ela se apóia, quando a desconformidade entre a imputação feita ao acusado e os elementos que lhe servem de sucedâneo por incontroversa, translúcida e evidente, revelando que a acusação resulta de pura criação mental de seu autor. Em face da natureza do *habeas corpus*, não é possível em seu âmbito o confronto e a valoração de provas (TACrim/SP, "RT" 527/335, in Código de Processo Penal Anotado, Damásio E. de Jesus, pág. 376).

Realmente, entre o fato narrado na denúncia e a capitulação efetivada pelo Dr. Promotor de Justiça, existe ligeiro divórcio, vez que narra o fato de que, a empresa, por seus diretores, deram em hipoteca um apartamento já prometido à venda, sendo que o adquirente já havia pago todo o preço avençado, sendo inarrendável o contrato. Por não ter transferido o domínio, mencionado apartamento ainda pertence ao proprietário, ou seja, à empresa. Entretanto, veda a lei penal, no art. 171, § 2.º, inciso II, a dação em garantia de coisa própria, já prometida à venda a terceiro. Evidentemente, não está o Juiz sujeito à capitulação feita pela denúncia podendo dar outra definição jurídica aos fatos narrados na denúncia. Ante o exposto, denego a ordem".

O Sr. Juiz Rubem Miranda: "Sr. Presidente, pela relevância da matéria e porque, na condição de 1.º Vogal, não tive qualquer contato com os autos, peço vista".

O Sr. Juiz-Presidente: "O relator denegava a ordem. O primeiro Vogal solicitou adiamento a fim de melhor examinar o pedido".

O Sr. Juiz-Presidente: "O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Juiz Primeiro Vogal, após o voto do eminente Juiz relator, que denegava a ordem".

O Sr. Juiz Rubem Miranda: "Sr. Presidente: Trata-se de *habeas corpus* impedido a favor de Mathias Enéas Mescolin visando o trancamento da ação penal que a Justiça Pública lhe move como incurso no art. 171, § 2.º, I, do Código Penal, por ter dado em garantia coisa alheia como própria.

A iniciativa da ação penal coube à própria vítima que representou diretamente ao Juiz da 1.ª Vara Criminal de Juiz de Fora, como dispensa do inquérito policial, por julgar suficiente a documentação que juntou à representação.

Aberta vista, o Ministério Público ofereceu denúncia que foi anulada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em conseqüência veio a nova denúncia, fundada na fato de que a vítima, Dr. Marcos de Lima Moreira, é promitente-comprador do apartamento 616, edifício Fernando Fagundes Neto, situado em Juiz de Fora e que, depois desse contrato de compra e venda, a empresa promitente vendedora, representada pelo denunciado, ora paciente, deu o edifício em hipoteca à Caixa Econômica Federal, inclusive o apartamento prometido à venda.

Pelos fatos narrados existe, realmente, o crime em tese, suficiente para instauração da ação penal. É certo que a promessa de compra e venda não transfere o domínio, mas ninguém nega que, por ela, o promitente comprador se imite na posse do imóvel. Desta forma existe, em sentido amplo, a "coisa alheia" exigida para caracterização da modalidade capitulada na denúncia.

"Cumprе advertir — ensina Nelson Hungria — que outras fraudes, além das especialmente previstas, a propósito de venda, promessa de venda ou oneração de imóveis, nos incisos I e II do § 2.º do art. 171, podem não escapar de incidência na forma genérica do estelionato (art. 171, *caput*). (Comentários ao Código Penal, Forense, ed. 1955, vol. VII, pág. 232).

Assim é recomendável o prosseguimento do processo, devendo os motivos articulados pela defesa serem apreciados pela sentença ou em grau de recurso na hipótese de condenação.

Para o trancamento da ação penal exige-se que a ausência de justa causa seja palpável, reconhecível à primeira vista, independentemente de prova ou maiores indagações. No caso dos autos, a falta de tipicidade não resulta com clareza que seria de se exigir para o trancamento da ação.

Já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal que, "se o fato constitui, em tese, infração penal, há *justa causa* para o procedimento penal" (HC n.º 30.007, Relator Ministro Lafaiete Andrade, "Rev. For.", Vol. 115/571).

Pela mesma forma voltou a decidir a Suprema Corte no *habeas corpus* n.º 31.078, Relator Ministro Orozimbo Nonato, com a seguinte ementa:

"Só na hipótese de que o fato denunciado não constitua crime em tese, é possível obter por via de *habeas corpus*, o trancamento do processo (Rev. citada, vol. 134, pág. 233).

Não é o caso dos autos, onde, em tese, o ilícito penal existe.

Por estas razões, embora reconhecendo a excelência da tese brilhantemente sustentada pelos ilustres advogados impetrantes, denego a ordem.

Custas ex lege.

O Sr. Juiz Edelberto Santiago: "Sr. Presidente. Li e ouvi, com a devida atenção, o excelente memorial e a brilhante sustentação oral que, respectivamente produziram os ilustres causídicos, conspícuos Juristas e professores eméritos, Nilo Batista e Sidney Safe da Silveira, tendo acompanhado com bastante interesse a leitura dos votos que me antecederam neste julgamento.

E, do que li e ouvi, observei que, ainda que não se admita, na espécie, estelionato na modalidade que lhe empreste a peça exordial do processo, em tese, não estando o Juiz adstrito à classificação dada ao delito pelo *dominus litis*, há, iniludivelmente, a possibilidade de se admitir, afinal, configurado o crime no seu tipo fundamental, vez que, se há estelionato na dação em garantia de imóvel cuja venda a prestações se acha prometida a terceiro, com muito mais razão estará o delito caracterizado, quando o promitente-vendedor já tenha recebido, integralmente, o preço da *res*.

Frise-se, ainda, que se trata de ação penal incondicional, pelo que, sujeito passivo pode até mesmo ser considerada aquela, a quem se deu o imóvel em garantia, sem que a falta de representação dessa, por desnecessária, nulifique o processo.

Inadmissível, *concessa venia*, é o trancamento da ação penal a que responde o paciente, pelo que acompanho os votos proferidos pelos Eminentíssimos Juizes Relator e 1.º Vogal, e, também, denego a ordem impetrada.

Custas, na forma da lei."

O Sr. Juiz-Presidente: "Denegaram a ordem".

Interposto recurso ordinário, sobre ele assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República (fls. 95/97):

"1. Em favor de Mathias Enéas Mescolin, o Dr. Nilo Batista ajudou pedido de *habeas corpus*, sustentando a atipicidade criminal do evento, qualificado na denúncia como "dar em garantia coisa alheia como própria": artigo 171, § 2.º, I, do Código Penal (Vide: fls. 26).

2. Indeferida a pretensão, há o recurso, agora subscrito pelo Dr. Safe Silveira.

3. O fato está em que, adquirindo determinado imóvel da "Roma Construções e Empreendimentos", empresa de Mathias Mescolin, o cidadão Marcos de Lima Moreira *quitou* o preço do imóvel dentro em 15 (quinze) dias da feitura do pacto promissório de compra e venda (denúncia a fls. 22/23), e deu-o em locação a terceiros, quando é surpreendido, 1 (um) ano após com a retenção dos frutos da locação, pois que, por essa época Mathias Mescolin dera o mesmo imóvel em garantia de empréstimo hipotecário à Caixa Federal, *silenciando sobre a venda* e, como não honrasse o pagamento com a credora, o imóvel foi excutido.

4. Comentando o dispositivo em apreço, com razão diz o emérito Prof. Heleno Cláudio Fragoso, *verbis*:

"Trata-se de disposição supérflua, mantida na lei pela impressionante força de inércia do direito. A hipótese se ajusta perfeitamente ao estelionato em seu tipo fundamental" (in — *Lições de Direito Penal — parte especial 2 —* pág. 77).

5. Adiante, no exame específico do pacto promissório, mantem-se coerente, *verbis*:

"Tem-se afirmado que não há estelionato na simples promessa de compra e venda que é obrigação de fazer e não se confunde com a venda, não se figurando pois, a hipótese prevista no art. 171, § 2.º, I (RT 414/247; 417/377; 432/342; 440/336). Não temos a menor dúvida que tal caso se enquadra na cabeça do art. 171. Se o agente, induzindo alguém em erro, promete-lhe vender bem que não possui, obtendo, em consequência, vantagem ilícita, pratica o crime de estelionato" (obra citada — pág. 78).

6. A transcrição do pensamento do douto Nelson Hungria — fl. 6 —, *data venia*, não aproveita o recorrente.

7. Deixa, de pronto, bem assente o ilustre doutrinador que a norma comentada contempla a venda, ou permuta, ou garantia, feita pelo *dominus*, do mesmo imóvel a mais de uma pessoa.

8. Todavia é desconsiderado o ilícito se *negligente* o primeiro comprador, outro adquirente se antecipa e promove o antecipado registro.

9. Mas no caso, a *obrigação* de passar a escritura definitiva, por cláusula contratual expressa — 3.^a, era do compromissário vendedor — vide: fl. 29 — de sorte que *não* se pode cogitar de negligência, ou incúria do comprador.

10. Por derradeiro, mencionou bem em suas informações o ilustre magistrado a *quo* a fls. 44, recente decisão da lavra do douto Min. Décio Miranda corroborando a realidade da conduta estelionatária, *justo como no caso em exame*, quando há a venda, ou a promessa sem menção a gravame hipotecário instituído sobre o bem (RHC n.º 59.730, DJ 23-4-82, pág. 3.668).

11. Pelo *improvemento* do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro *Moreira Alves*: (Relator): 1. Tem razão o acórdão recorrido quando sustenta, em última análise, que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, sendo certo que, estes, em tese, constituem crime, pouco importa a má classificação que o delito tenha dado à denúncia.

2. A questão que surge, no caso, é a de saber se o comportamento descrito na denúncia configura crime em tese.

O aresto recorrido entende que, embora a promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável, mas não registrada, não dê margem a direito real em favor do promitente-comprador, pois ela tem eficácia meramente obrigatória, se o promitente vendedor hipotecar o imóvel objeto da promessa poderá ser enquadrado no crime descrito no artigo 171, § 2.º, II, do Código Penal, onde se lê:

"II — vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias."

Esse entendimento encontra apoio na lição de *Nelson Hungria* (*Comentários ao Código Penal*, vol. VII, 4.ª ed., págs. 234/235), o qual, ao comentar o dispositivo em causa (artigo 171, § 2.º, II, do Código Penal), escreve:

"Finalmente, refere-se o dispositivo legal à preexistente promessa de venda, quando o imóvel, a coisa e a promessa tenha sido avençada mediante pagamento a prestações. Já aqui, nada importa que a promessa não tenha sido transcrita no Registro Imobiliário; mas, note-se: se foi transcrita, constituindo, assim, direito real, será sujeito passivo do crime em questão quem recebe o imóvel alienações causa ou em garantia; caso contrário, sujeito passivo será o promissário-comprador."

Essa lição, por vezes, vem repetida na doutrina, como se vê, por exemplo, em *Celso Delmanto*, *Código Penal Anotado*, 4.ª ed., pág. 227, ao aludir ao sujeito passivo do crime descrito nesse artigo 171, § 2.º, II:

"Sujeito passivo: É quem sofre a lesão patrimonial, ou seja, aquele que recebe a coisa inalienável, gravada ou litigiosa; ou ainda, na última hipótese do inciso, dependendo de produzir ou não efeitos reais o compromisso, poderá ser a pessoa que recebe a propriedade anteriormente prometida a terceiro, ou este próprio."

Já Magalhães Noronha (*Código Penal Brasileiro Comentado*, vol. V, 2.ª parte págs. 184/185), depois de acentuar como referência ao dispositivo em causa, que ele "tem por objetivo acautelar os interesses da gente pobre e humilde que emprega suas economias na aquisição de imóveis a prestações, ao mesmo tempo que cuida não permitir se desvirtue esse gênero de negócios que dia-a-dia se tornam mais numerosos", termina por concluir que, se "o compromissário não averbou o seu contrato, o dispositivo em apreço não o tutela". A conclusão destrói a afirmação inicial, pois também na hipótese contrária — a do registro do compromisso — o dispositivo penal não protege o promitente-comprador, uma vez que este não pode ser vítima de dano patrimonial por venda, permuta ou dação em pagamento ou em garantia do imóvel posteriormente realizada, já que o registro prévio é oponível contra todos, e impede o registro eficaz de qualquer desses negócios jurídicos feitos posteriormente.

3. Reexaminando, agora, mais aprofundadamente essa matéria — já perfilhei a interpretação de *Nelson Hungria*, verifico que a exegese adotada por esse eminente mestre de nosso direito penal não é sustentável em face dos termos do dispositivo legal em causa.

Com efeito, o crime, descrito no inciso II do § 2.º do artigo 171 do Código Penal, no tocante à promessa de venda a terceiro é o de vender, permutar, dar em pagamento ou em garantia, imóvel que se prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre essa circunstância. Portanto, o fato delituoso aí descrito pressupõe uma promessa de compra e venda *preexistente* (como o próprio *Nelson Hungria* reconhece) e um ato posterior de venda, permuta ou dação em pagamento ou em garantia do imóvel prometido vender, sem que desse ato posterior conste a circunstância de preexistir, em favor de terceiro, aquela promessa. Ora, como o estelionato, em qualquer de suas modalidades, tem como objeto jurídico o patrimônio, e como, no caso, o meio fraudulento é o silêncio sobre a circunstância de haver preexistente promessa de compra e venda do mesmo imóvel, o crime descrito no dispositivo em causa só ocorrerá quando alguém vender, permutar ou der em pagamento ou em garantia, imóvel que prometeu vender a terceiro, silenciando sobre esta circunstância, *desde que* a promessa preexistente venha a ser registrada no Registro de Imóveis antes de ir a registro, para a constituição do direito real correspondente, o instrumento da venda, da permuta ou da dação em pagamento ou em garantia. O que implica dizer que só pode ser sujeito passivo desse delito o que compra, permuta ou recebe em dação em pagamento ou em garantia o imóvel precedentemente prometido vender a terceiro, sem que essa circunstância conste do instrumento da compra e venda, da permuta ou da dação, e *desde que esse instrumento não seja registrado antes do registro daquela promessa*. Este último requisito é exigível, porque, sem a sua verificação, não ocorre qualquer dano patrimonial para o que comprou, permutou ou recebeu o imóvel em pagamento ou em garantia, certo como é que a promessa de compra e venda, mesmo preexistente não é oponível a terceiros, a não ser depois de registrada no Registro de Imóveis.

Por conseguinte a distinção entre ter sido, ou não, registrada a promessa de compra e venda só influi para a configuração, ou não, do crime contra o único sujeito passivo do delito descrito no dispositivo em causa — quem compra, recebe em permuta ou em pagamento ou em garantia imóvel objeto de anterior promessa de compra e venda a terceiro, delito este que só ocorrerá se a promessa tiver sido registrada antes do registro dos instrumentos desses negócios jurídicos, visto como só então haverá dano patrimonial pela oponibilidade *erga omnes* da promessa registrada. Tal distinção — ao contrário do que afirma *Nelson Hungria* — não tem qualquer influência no sujeito passivo, para colocar nessa posição, conforme a promessa esteja, ou não, registrada, o que recebeu o imóvel *alienationis causa* ou em garantia, na primeira hipótese, ou o promitente comprador, na segunda.

O inciso II do § 2.º do artigo 171 do Código Penal não contempla a hipótese de promitente comprador que não registra sua promessa e, por isso, não pode opô-la ao que, posteriormente, recebeu do promitente-vendedor o mesmo imóvel *alienationis causa* ou em garantia e registrou o instrumento em que se consubstanciou esse segundo negócio jurídico.

E não há, em nossa legislação penal, nenhuma lei que descreva a hipótese acima como crime, nem mesmo o *caput* do artigo 171 do Código Penal, que exige que a vítima tenha sido induzida ou mantida em erro por meio fraudulento, o que não pode ocorrer com o promitente comprador de promessa de imóvel anterior ao negócio jurídico que, por falta de registro daquela (registro que cabe ao promitente comprador fazer), pode impedir o cumprimento da promessa pelo promitente vendedor, causando, por isso, dano patrimonial ao promitente comprador. A indução ou manutenção em erro por meio fraudulento — um dos elementos do estelionato do *caput* do artigo 171 do Código Civil — é, nesse caso, cronologicamente impossível com relação ao promitente comprador, que, ao afirmar a promessa de compra e venda, não foi induzido ou mantido em erro, uma vez que o imóvel era do promitente vendedor e não estava onerado.

3. No caso sob julgamento, a hipótese descrita na denúncia é justamente esta, que, como se viu, não constitui, sequer em tese, crime, mas se restringe, apenas, em nosso sistema jurídico, ao âmbito das conseqüências, estabelecidas no direito civil para o inadimplemento contratual.

4. Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso ordinário, para trancar a ação penal em causa.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Rezek: Sr. Presidente, na noite de ontem, de posse do memorial do recorrente, dei-me à consulta da obra de Nelson Hungria e me defrontei com o texto a que fez referência o eminente Relator. Pareceu-me dificilmente compatível com os princípios gerais que orientam o direito penal, admitir-se o estelionato com sujeito passivo diverso daquele a que a leitura do inciso II, § 2.º, do artigo 171, parece conduzir com muita naturalidade.

De modo que acompanho o eminente Relator, só não compartilhando, talvez, o seu lamento de índole político-judiciária. Tenho ficado impressionado com a freqüência com que no mundo dos negócios e, sobretudo, no mundo dos negócios imobiliários, hoje em dia, pessoas que norteiam sua conduta por parâmetros não os mais escrupulosos, e que tangenciam, continuamente, a incursão na lei penal, procedendo à luz de regras de conduta idênticas, podem-se ver, de súbito, transformadas uma em réu, outra em vítima, pelo fato de a última, quase que casualmente, ter sentido a iminência de um dano e ter-se lembrado primeiro de pedir socorro à autoridade. Mas isso é um comentário incidental, e sem maior importância.

Acompanho o eminente Relator, dando provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, li o memorial que me foi trazido pelo nobre Advogado do paciente, e ouvi com bastante atenção sua defesa, bem como o erudito voto do Sr. Ministro Moreira Alves. Realmente, não encontrei, na exata tipicidade do art. 171 e seu § 2.º, incisos I e II, o enquadramento do caso em exame.

O Código Penal, como é de sua natureza, discrimina os fatos para o enquadramento penal, com minúcias. E, no caso concreto, vê-se do § 2.º a exigência de que a compra seja feita à prestação. Mas, não encontrando eu tipicidade do caso no art. 171, *caput*, e seu § 2.º, do Código Penal, surpreendi-me contudo com as características que o ilícito apresenta.

No caso, o que me houve foi o seguinte: o acusado comprometeu-se a vender um apartamento para determinado cidadão, mediante contrato de promessa de compra e venda. O promitente comprador quita o preço, mas o promitente comprador dá o imóvel em garantia hipotecária à Caixa Econômica, e não liquida o débito. Em face disso, o imóvel é vendido com execução da hipoteca, pela Caixa. Assim, o promitente vendedor, proprietário do imóvel, recebeu integralmente o preço do promitente comprador e o valor da hipoteca. Tal comportamento, porém, não encontra sua tipicidade no estelionato. Ocorre, porém, o seguinte: no contrato hipotecário, feito com a Caixa Econômica, foi omitida pelo devedor hipotecário e que é o ora paciente, declaração importantíssima que era, exatamente, aquela de que o imóvel fora objeto de anterior promessa de compra e venda. Esse fato não foi mencionado à Caixa Econômica.

A existência de tal contrato de promessa de compra e venda era fato juridicamente relevante. Não posso compreender que a Caixa Econômica fizesse um empréstimo hipotecário se viesse a declaração de que o imóvel estava comprometido, embora sob a forma de promessa de compra e venda e, ainda mais, com pagamento integral do preço. Seria uma conivência, uma pactuação da Caixa Eco-

nômica com uma fraude. Então, se assim, ocorreu, como tudo indica, havendo omissão de fato juridicamente relevante em relação à Caixa Econômica, poderá configurar-se, a meu ver, no caso, o crime de falsidade ideológica.

Realmente. O art. 299 do Código Penal, diz:

"Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante."

A Caixa Econômica não faria, não concederia uma hipoteca se tivesse constatado haver o compromisso aludido a pesar sobre o imóvel. E nem poderia ser declarado que o imóvel não possuía gravames. A Caixa poderia ser submetida ao ônus de uma ação judicial, promovida pelo promitente comprador, que pagara o preço e que se vira espoliado.

Assim, acho que devo conceder o *habeas corpus* por inépcia da denúncia, sem prejuízo, porém, da possibilidade de ser oferecida outra, no caso de se configurar o crime do artigo 299, *caput*, do Código Penal.

É o meu voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Sr. Presidente, concordo com as considerações feitas pelo eminente Ministro Aldir Passarinho, e, em vez de concluir meu voto pelo trancamento puro e simples da ação penal, concluo dando provimento, em parte, ao recurso, para o efeito de declarar inepta a denúncia, sem afastar, entretanto, a possibilidade de o Ministério Público apresentar nova denúncia, se entender que há outro crime, como o aventado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho.

EXTRATO DA ATA

RHC 61.109-MG — Rel.: Min. Moreira Alves. Recte.: Mathias Enéas Mescolin (Adv.: Lúcia Mendes de Almeida e José Paulo Sepúlveda Pertence). Recdo.: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Decisão: Provido o recurso nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo Recte.: O Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Décio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

Brasília, 2 de setembro de 1983 — Hélio Francisco Marques, Secretário.