

EMISSÃO DE CHEQUE SEM SUFICIENTE PROVISÃO DE FUNDOS. AUSÊNCIA DE FRAUDE

Requerimento de Arquivamento

Proc. (Inq. Pol.) n.º 2.190

1.ª Vara Criminal

Indiciado: Jorge Fernando Gonçalves

PARECER

MM. Juiz:

O cheque, originariamente um instrumento de circulação de riqueza, funcionando como substitutivo da moeda corrente, já não possui nos dias atuais esta representatividade, destituído que está de uma credibilidade puramente formal.

Além do desvirtuamento da sua finalidade pelo uso sistemático como garantia de dívida ou mesmo simples documento dela representativo, contribuíram decisivamente para o seu descrédito os próprios Bancos, maiores responsáveis pela preservação da sua seriedade e credibilidade.

Com efeito, nenhum Banco, ao receber um cheque de outro estabelecimento congênera para resgate de um título em sua carteira de cobrança, dá quitação imediata, aguardando antes a compensação respectiva.

Por outro lado, nada é exigido da pessoa, para que lhe seja fornecido um talonário de cheques, além do depósito de abertura de conta.

É evidente que, a partir daí, há uma transferência para o emitente de toda e qualquer responsabilidade pelo uso do cheque. Esta circunstância, e isso é inegável no mundo dos negócios, retira do cheque o conteúdo de fé pública com que fora concebido e o iguala a qualquer outro título de crédito.

Que diferença substancial existirá entre a conduta daquele que emite uma nota promissória sabendo que não a honrará, e a daquele que emite um cheque sem fundos?

No entanto, jamais se pensou em incriminar a conduta pertinente à nota promissória.

Encarregaram-se, ainda, os Bancos de lançar mais dúvida sobre o cheque, ao instituírem os chamados cheques especiais garantidos, fornecidos a clientes selecionados, o que implicou, necessariamente, em desacreditar os outros cheques, "comuns". Isto, sabendo-se que juridicamente nenhuma diferença existe entre eles, posto que a Lei Uniforme Relativa ao Cheque (Decreto n.º 57.595, de 07-01-66) não os distingue.

Ora, se os próprios Bancos, que administram e fornecem os cheques, não os cercam de segurança e nem os tratam com o respeito que merecem para justificar uma incriminação, como exigir do público tal comportamento?!

Contrariaríamos a realidade em que vivemos se afirmássemos que o cheque contém em si a certeza do seu resgate, salvo, é evidente, quando tomadas medidas acautelatórias, como costumam fazer os Bancos nos seus interesses.

Então, se o credor recebe um cheque na incerteza do seu resgate, não se poderá tê-lo como vítima de um engodo, e não se poderá falar em fraude.

É notório, como convincente, que no grande comércio varejista das metrópoles, notadamente nos supermercados e centros comerciais, há uma previsão de perda com cheques sem fundos, e o risco será reduzido pelas medidas preventivas adotadas.

O fato é significativo, sobretudo quando se chega em uma loja ou em um posto de gasolina e se depara com o aviso de se aceitar somente cheque especial, do próprio consumidor com apresentação de carteira de identidade e cartão de garantia de cheques. Isto quando o aviso não anuncia simplesmente não se aceitar cheque.

Como se vê, a emissão de cheque para pagamento traz, inegavelmente, hoje, um risco, da mesma forma que todo o título de crédito não significa certeza de seu resgate e nem por isso se poderá considerar a existência de fraude, salvo, é claro, se as circunstâncias, por si mesmas, configurarem uma conduta fraudulenta.

Da Tutela Penal

O cheque, é forçoso reconhecer, não tem mais o caráter de documento público substitutivo da moeda corrente com que se procurou, no passado, justificar sua incriminação.

O cheque, no seu aspecto puramente formal, é insuficiente para justificar uma tutela penal.

Destarte, não se pode ter a emissão de cheques sem fundos como fraude, exclusivamente no seu aspecto literal.

Indispensável, pois, para concebê-lo como estelionato, que sua emissão esteja cercada de uma artimanha, ou de um comportamento ardiloso que leve o seu tomador a aceitá-lo na confiança fundada de que seu resgate é certo.

Mas, se assim for, e entendemos que assim é, a sua incriminação como tipo derivado, ou mesmo autônomo, do previsto no *caput* do art. 171 do Código Penal, portanto, como subespécie de estelionato, perde sentido, porquanto estaria compreendido no tipo fundamental.

Não passa, então, a emissão de cheque sem provisão de fundos em poder do sacado de um simples meio para fraudar, como ocorre com o *falsum*, na hipótese de ser praticado com vistas à obtenção de uma vantagem patrimonial ilícita, como está consagrado pela jurisprudência dominante em nosso País.

A corroborar o raciocínio aqui expedido, está o entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado na *Súmula 246*:

"Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos."

A doutrina que o considera como crime formal, apregoando-o como delito de perigo, dado o enunciado do tipo do § 2.º, inc. VI, do art. 171 do Código Penal, em que pese sua indiscutível base técnica, não pode ser aceita diante do nosso Direito Positivo, que o inclui no âmbito dos crimes contra o patrimônio no capítulo "Do Estelionato e Outras Fraudes".

Muito menos se poderá aceitar sua transposição para delito contra a fé pública, a exemplo do que ocorre na legislação de outros países.

Esta medida, além de se situar fora da realidade do nosso País, conforme já dissertamos, representaria um enorme retrocesso do ponto de vista de política criminal, haja vista a iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encampada por todos os tribunais do País, em que se afirma:

"Que o pagamento de cheque antes do recebimento da denúncia exclui o crime."

("Jur. Crim." — n.ºs 45, 46 e 51 — Heleno Cláudio Fragoso)

Acrescente-se, ainda, que esta descriminalização judicial está largamente ampliada pelos Juízes de 1.º Grau e pelos Tribunais inferiores ao estenderem a excludente pelo pagamento do cheque até ser proferida a sentença.

Verifica-se, pois, uma incongruência, quando a lei incrimina o cheque sem fundos como um tipo derivado de estelionato tendo um enunciado que configura um delito formal.

Ora, se o cheque foi emitido fraudulentamente, estaria o fato compreendido no *caput* do artigo, sendo despidiendo o inciso VI do § 2.º.

Esta indevida incriminação da emissão do cheque sem fundos origina-se de um evidente equívoco contido na Consolidação das Leis Penais ao inseri-lo como subespécie do estelionato descrito no *caput* do artigo de n.º 338 da mesma Consolidação.

O cheque emitido fraudulentamente, como é curial, já era incriminado, posto que configuraria sempre um estelionato, segundo o tipo fundamental descrito na lei.

A sua incriminação específica, paralela, portanto, constitui um *bis in idem*.

O equívoco apontado, indubitavelmente, decorreu da remissão feita pelo Decreto n.º 2.591, de 7-8-1912, ao dispor:

"aquele que emitir cheque sem ter suficiente provisão de fundos em poder do sacado ficará sujeito à multa de 10% sobre o respectivo montante, além de outras penas em que possa incorrer (Código Penal — art. 338)."

Salta aos olhos que a remissão apenas ressaltava a hipótese de se ter configurado fraude na emissão do cheque, porque aí incidiria o artigo que tipificava o estelionato, tornando-se desnecessária qualquer outra disposição normativa.

De tudo que até aqui se expôs, conclui-se, irremediavelmente:

1.º) que o cheque sem fundos não constitui crime por si mesmo, sendo indispensável que tenha sido um instrumento de fraude;

2.º) que, sendo indispensável a fraude na emissão do cheque sem fundos, estaria o fato compreendido no *caput* do art. 171 do Código Penal, nada justificando o inciso VI, do § 2.º, do mesmo artigo, que, a rigor, não tem aplicação.

Por derradeiro, cumpre registrar que a descriminalização do cheque sem fundos, como fato punível independente, é não só uma imposição teleológica, mas encerra, sobretudo, uma tendência moderna da legislação penal e também comercial que pretende considerá-lo tão-somente um ilícito civil, como é o caso do atual Direito Francês (*"Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé"*, 1975, 730), in Heleno Claudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 87, 3.ª edição.

Isto, sem mencionar na grande depuração que fatalmente ocasionaria no meio policial, que, em conluio com um advocacia marginal, usa a função investigatória como instrumento de coação para a cobrança de cheques que deram origem a inquéritos policiais, instaurados, quase sempre, não no interesse público, mas exclusivamente no interesse daquele que exhibe o cheque e que muitas vezes sequer é o tomador.

Por todas estas razões, entendo que o cheque de fls. não é objeto material de crime, posto que ausentes as circunstâncias que demonstrem um procedimento fraudulento na sua emissão, que haveria de excluir qualquer risco do tomador ante a confiança nele infundida.

Assim, nos termos do art. 43, I, do Código de Processo Penal, requeiro o arquivamento deste inquérito policial.

Termos em que

P. Deferimento

Rio de Janeiro, 17 de junho de 1986.

JOSÉ GERALDO ANTONIO

Promotor de Justiça