

Estelionato - Empréstimo - Aquisição de veículo automotor - Alienação fiduciária - Gravame - Venda a terceiro - Busca e apreensão - Financiamento quitado - Não cabimento - Dolo - Prova - Ausência - Princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* - Absolvição - Necessidade

Ementa: Estelionato. Ausência de dolo antecedente. Absolvição. Possibilidade. Ilícito civil.

- Restando incontroverso que o inadimplemento do contrato comercial se deu apenas em razão de desacertos financeiros da agente, inexistindo provas de que tenha se valido de engodo preordenado, visando obter indevida vantagem econômica, impõe-se a sua absolvição quanto ao delito de estelionato previsto no *caput* do art. 171 do Código Penal, pois tal conduta configura mero ilícito civil.

- Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0083.07.009667-8/001 - Comarca de Borda da Mata - Apelante: Selma Adriana da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Jane Silva, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de julho de 2010. - Antônio Armando dos Anjos - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Borda da Mata, Selma Adriana da Silva, alhures qualificada, foi denunciada pela prática de crime previsto no art. 171, inc. I, do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/03 que, no dia 05.09.2003,

Selma Adriana da Silva efetuou um empréstimo com a OMNI S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento, no valor de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), visando à aquisição de um veículo Fiat/Elba CSL 1.6, ano 1989, cor bege, placa GMY-8839, com gravame de alienação fiduciária sobre o bem.

Narra ainda a denúncia que

[...] a denunciada pagou apenas algumas parcelas do financiamento, estando inadimplente desde 05.10.2005. A empresa OMNI S.A. entrou com ação de busca e apreensão nesta comarca, ocasião em que foi verificado pelo oficial de justiça que a denunciada não mais mantinha o veículo em seu poder, alienando-o para terceiros.

Regularmente processada, ao final, sobreveio a sentença de f. 63-68, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando a ré Selma Adriana da Silva pela prática do delito previsto no art. 171, inc. I, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, e 18 (dezoito) dias-multa, graduados no mínimo legal.

Inconformada com a r. sentença condenatória, apelou a ré (f. 71). Em suas razões recursais (f. 78/86), pugna a defesa pela absolvição da ré, ao argumento de que o fato em apuração se trata de mero ilícito civil, não podendo, pois, ser responsabilizada criminalmente. Alternativamente, busca a redução das reprimendas aplicadas, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a isenção das custas processuais.

O Ministério Público apresentou a sua contrariedade (f. 87/89), batendo-se pelo desprovimento do recurso apresentado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do culto Procurador de Justiça, Dr. Mariano Guimarães Sepúlveda (f. 95/101), manifesta-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, alterando-se o regime inicial de cumprimento da pena corporal, além da isenção do pagamento das custas processuais.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso apresentado.

Não foram arguidos questionamentos preliminares, e, não vislumbrando qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser sanada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Como visto alhures, pugna a defesa pela absolvição da ré, ao argumento de que o fato em apuração trata de mero ilícito civil, não podendo, pois, ser responsabilizada criminalmente. Alternativamente, busca a redução das reprimendas aplicadas, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a isenção das custas processuais.

Diante da minuciosa análise dos autos, em confronto com a pretensão recursal e com as manifestações ministeriais de ambos os graus, pedindo respeitosa vênias à il. Magistrada sentenciante, a meu ver, razão assiste à defesa em seu pleito absolutório, pois não há provas suficientes para embasar a condenação imposta; se não, vejamos.

Com efeito, as provas produzidas ao longo da instrução criminal comprovam que o fato em apuração, em verdade, trata de um mero desacordo comercial, tendo em vista a ausência de recursos financeiros da ré para arcar com o pagamento do financiamento anteriormente assumido.

A própria acusada, em seu depoimento prestado em juízo (f. 37/38), confirma que firmou contrato de financiamento junto à empresa OMNI S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento no valor de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), com o intuito de adquirir um automóvel, sendo que, por não ter condições de pagar as parcelas do referido financiamento, teve de revender o veículo a terceiros, nos seguintes termos:

[...] que trabalha como costureira por conta própria em casa; que a depoente não estava podendo pagar as parcelas do financiamento e falava que queria vender o carro, e um amigo dela, de Pouso Alegre, arrumou um comprador de nome Ricardo; que a depoente queria vender o veículo para ele continuar a pagar as parcelas; que Ricardo repassou o veículo para uma pessoa desconhecida da depoente, e esta voltou a repassar para outro, cujo nome a depoente não sabe, mas mora na cidade de Campanha; que o rapaz de nome Mateus, que trabalha na financeira, sabe onde se encontra o veículo e tem todos os dados do possuidor; que a depoente fez acordo com a financeira com relação ao pagamento do débito; que o possuidor assumiu a obrigação de pagar e somente ficou sem liquidar a última, de R\$ 160,00; que a depoente somente tem comprovante do pagamento da primeira parcela no valor de R\$ 500,00, e o referido Mateus tem os comprovantes dos pagamentos das demais; que Mateus falou para a depoente que o possuidor não conseguiu pagar a última parcela, porque uma enchente destruiu a casa dele, mas que ele iria pagar; que, se ele não pagar, a depoente fará a liquidação da dívida [...].

Ora, diante do depoimento acima transcrito e das demais provas dos autos, não se verifica que a acusada tenha agido com a intenção de causar prejuízos a terceiros, sobretudo em razão de ter vendido o veículo a terceiros, informando-o sobre a sua alienação fiduciária, não havendo que se falar, inclusive, em fraude.

Aliás, o novo adquirente do veículo não foi ouvido nos autos, sendo impossível dizer que o mesmo foi induzido a erro pela acusada, com o intuito de revender veículo alienado fiduciariamente, de modo a causar prejuízo à financeira.

Sobre a distinção entre fraude civil e fraude penal, disserta Cezar Roberto Bittencourt:

Nélson Hungria estabeleceu a seguinte distinção entre ilícito penal e ilícito civil: 'Ilícito penal é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuantes da indenização, da execução forçada ou, *in natura*, da restituição ao *statu quo ante*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc'. Comercializar é a arte de nego-

ciar, de tirar vantagem econômica do negócio ou qualquer transação que se realize; esse aspecto encerra um jogo de inteligência, de astúcia, uma espécie de brincadeira de esconde-esconde, donde resultou a expressão popular de que 'o segredo é a alma do negócio'. Em outros termos, é normal, nas transações comerciais ou civis, certa dose de malícia entre as partes, que, com habilidade, procuram ocultar eventuais deficiências de seu produto para, assim, realizar um negócio mais lucrativo ou vantajoso. Não era outro o entendimento de Magalhães Noronha (*Direito penal*, v. 2, p. 380), que reconhecia: 'se assim não fosse, raro seria o negócio ou a transação em que se não divisaria fraude punível, pois, neles, são frequentes os pequenos ardis, os ligeiros artificios, os leves expedientes visando a resultado rendoso'.

Atos maliciosos de comércio não se confundem com a burla fraudulenta.

A questão fundamental é, afinal, quando essa malícia ou habilidade ultrapassa os limites do moralmente legítimo para penetrar no campo do ilícito, do proibido, do engodo ou da indução ao erro. Na verdade, a ilicitude começa quando se extrapolam os limites da 'malícia' e se utilizam o engano e o induzimento a erro para obtenção de vantagem, em prejuízo de alguém. No entanto, nessas circunstâncias, se estiver caracterizado o engano, a burla, ainda assim pode configurar-se não mais que a fraude civil, que terá como consequência a anulação do 'contrato', com as respectivas perdas e danos. Heleno Fragoso (*Lições de direito penal*, v.1, p. 446) destaca um exemplo muito elucidativo: 'Se alguém vende um automóvel, silenciando sobre defeito essencial (por exemplo: quebra da transmissão), isto será uma fraude civil, que anulará o contrato. Se alguém, todavia, vende um automóvel sem motor, iludindo o adquirente, praticará um estelionato, ou seja, uma fraude penal'. Com efeito, atos maliciosos de comércio que não atingem o nível de burla, embora irregulares, não constituem estelionato, para o qual é insuficiente a habitual sagacidade do mundo dos negócios.

Crítérios para distinguir fraude civil e fraude penal.

Como se distingue a fraude civil da fraude penal? Há diferença essencial entre uma e outra? Existem critérios seguros para apurá-la? Doutrina e jurisprudência por longo tempo debateram-se na tentativa de encontrar critérios seguros que permitissem detectar a distinção entre as espécies ou natureza da fraude. Carmignani, retrocedendo à concepção romana, afirmou que na fraude penal deveria existir grande perversidade e impostura. A famosa teoria *mise-en-scène*, atribuída a um autor alemão, foi desenvolvida pelos franceses e recepcionada por Carrara (§ 2.344). Para os defensores desta concepção, a fraude civil pode revestir-se de simples mentira ou silêncio, enquanto a fraude penal exigiria determinada artificiosidade para ludibriar a vítima. Essa teoria também perdeu a atualidade e adeptos, pois a distinção da natureza da fraude não reside apenas no meio ou modo de execução.

Após demorada enumeração de teorias, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 191) acaba concluindo: 'O critério que nos parece menos precário é o que pode ser assim fixado: há quase sempre fraude penal quando, relativamente idôneo (*sic*) o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a ideia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico. Tirante tal hipótese de ardil grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o inadimplente preordenado ou preconcebido é talvez o menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno con-

testado da fraude [...]’ (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*, 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 541).

A propósito, sobre o assunto, confira-se a orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal:

Recurso em sentido estrito. Crime contra o patrimônio. Estelionato. Ausência de elemento subjetivo. Absolvição. Necessidade. Para configuração do crime de estelionato, além dos elementos explícitos no art. 171 do CP, deve também estar presente o elemento subjetivo, qual seja o dolo. Na ausência deste na conduta do agente, não há que se falar em crime, mormente quando o fato constitui mero inadimplemento comercial, ficando a cargo da esfera cível dirimir a *quaestio* (TJMG, 5ª Câmara Criminal, RSE nº 1.0686.04.135915-5/001, Rel.º Des.ª Maria Celeste Porto, v.u., j. em 06.02.2007; pub. no *DOMG* de 06.03.2007).

Estelionato. Emissão de cheque sem provisão de fundos. Ausência de comprovação do dolo antecedente da agente. Não configuração do tipo penal. Ilícito civil. Absolvição. Recurso provido. A emissão de cheque pós-datado sem fundos, por não caracterizar fraude, exclui a conduta de estelionato mediante fraude no pagamento por meio de cheque, prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal. Não se comprovando o dolo e a fraude empregada pela agente, na emissão de cheque sem provisão de fundos, impõe-se a sua absolvição do delito de estelionato, previsto no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, configurando mero ilícito civil, e não ilícito penal (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0016.02.021182-3/001, Rel. Des. Pedro Vergara, v.u., j. em 20.01.2009; pub. no *DOMG* de 02.02.2009).

Penal. Estelionato. Fraude no pagamento por meio de cheque. Cheque pós-datado. Fato atípico. Falta de dolo específico. Absolvição. Necessidade. Recurso provido. Impõe-se a absolvição do agente se não restaram comprovados o dolo e a fraude empregada por ele para obter vantagem ilícita da vítima, sendo o fato mero ilícito civil caracterizado pela emissão de cheques que não foram devidamente compensados (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0155.04.006252-5/001, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, v.u., j. em 08.10.2009; pub. no *DOMG* de 30.10.2009).

Como se não bastasse, o Órgão Ministerial não comprovou, de forma inequívoca, os fatos imputados na exordial e a presença de dolo na conduta da acusada para manter ou induzir a vítima em erro, sendo tal elemento imprescindível para a configuração do delito que lhe fora imputado, tendo esta inadimplido o contrato apenas por problemas financeiros.

A única testemunha ouvida em juízo, Sr. Delmare Pires Ribeiro Júnior (f. 57), alega que a própria acusada informou o paradeiro do veículo adquirido, tendo o possuidor deste apresentado todos os documentos referentes à quitação do financiamento, razão pela qual deixou de proceder à apreensão do bem, contando com a anuência do preposto do banco credor, *verbis*:

[...] que as informações sobre a venda do veículo foram

fornecidas pela própria acusada ao depoente; que posteriormente em cumprimento a outro mandado judicial o depoente localizou o veículo Elba na cidade de Pouso Alegre na posse de terceiro, porém foram apresentados ao depoente todos os documentos referentes à quitação do financiamento; que o preposto do banco credor acompanhou o depoente durante o cumprimento da diligência, e diante da documentação apresentada pelo possuidor do bem, o próprio preposto comunicou ao depoente que não era preciso dar continuidade à busca e apreensão do veículo [...] (f. 57).

Na verdade, competia ao Ministério Público, de forma cabal, provar o alegado, pois, de acordo com o disposto no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. A propósito, sobre o assunto, preleciona Mirabete:

Ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuricidade, culpabilidade e punibilidade, bem como circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena etc.), ou benefícios penais (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 474-475).

Portanto, não havendo prova segura para embasar a condenação, “é preferível absolver um culpado que condenar um inocente, uma vez que, para se absolver, não é necessária a certeza da inocência, bastando somente a dúvida quanto à culpa”, razão por que, em obediência aos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, impõe-se decretar a absolvição da apelante, pois no juízo penal, dúvida e ausência de prova são coisas equivalentes.

Dessarte, restando incontroverso que os fatos narrados na exordial se devem exclusivamente a um mero desacordo comercial entre as partes, inexistindo provas de que a denunciada tenha se valido de engodo preordenado, visando obter indevida vantagem econômica, impõe-se a sua absolvição quanto ao estelionato.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se dar provimento ao recurso defensivo, absolvendo a ré Selma Adriana da Silva quanto ao delito imputado na peça de acusação, determinando que se cancelem todos os registros cartorários referentes a este processo.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - RECURSO PROVIDO.