

***Habeas corpus* - Emissão de cheque sem provisão de fundos (art. 171, *caput*, do Código Penal) - Dolo de obter vantagem ilícita demonstrado - Condenação transitada em julgado - Atipicidade da conduta - Reconhecimento - Impossibilidade - Reexame de matéria fático-probatória - Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos - Descabimento - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - *Habeas corpus* denegado**

1. Inaplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inexistência de estelionato quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida, quando as instâncias ordinárias, soberanas na análise de matéria fático-probatória, consideram demonstrada a intenção de induzir a vítima em erro para obter vantagem ilícita, enquadrando a conduta no art. 171, *caput*, do Código Penal. Precedentes.

2. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, mormente os maus antecedentes do réu, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

3. *Habeas corpus* denegado.

HABEAS CORPUS Nº 169.305-MG (2010/0068188-1) - Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Impetrantes: Ércio Quaresma Firpe e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Marcelo Bastos Paula. Advogados: Eduardo de Vilhena Toledo e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp. Brasília (DF), 15 de maio de 2012 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXM.^o SR.^o MINISTRA LAURITA VAZ - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Marcelo Bastos Paula, condenado à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Estelionato. Cheque pré-datado. Prejuízo da vítima. Ilícito civil. Impossibilidade. O artifício utilizado pelo estelionatário para manter a vítima em erro e obter a vantagem ilícita é o quanto basta para configuração do estelionato. Se o agente atua com dolo, ludibriando a vítima para conseguir vantagem ilícita, é certo que se trata de estelionato e não puro ilícito civil, como quer a defesa. O cheque pré-datado apenas não se presta à configuração do delito de estelionato na sua modalidade descrita no art. 171, § 2º, inc. VI, do CP, contudo é apto a qualificar o delito previsto no *caput* do citado artigo. Apelo desprovido (f. 36).

Defende o impetrante, de início, a “atipicidade da conduta imputada ao paciente, de vez que o cheque pré-datado dado para garantia de dívida não caracteriza o delito de estelionato” (f. 04).

De outra banda, aduz constrangimento ilegal porque “a mera existência de maus antecedentes” (f. 04) não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Busca, assim, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação. No mérito, requer a cassação do decreto condenatório ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou *sursis*.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de f. 51.

As judiciosas informações foram prestadas às f. 72/83, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às f. 85/87, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXM.^o SR.^o MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Narram os autos que o paciente, então candidato a

prefeito de Oliveira/MG, foi condenado nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, porque, embora soubesse que a conta bancária nº 6.767-9 não possuía fundos, emitiu cheque para pagamento de despesa da campanha, pré-datando-o para o dia 11 de dezembro 2000. Consta, ainda, que recebeu de “troco” o cheque nº 000.427, do Banco Credioli, no valor de R\$ 300,00. Com essa cártula, quitou outro débito no posto de gasolina Curral de Minas. Apurou-se que a conta bancária do réu não tinha saldo no momento da emissão do cheque nem na ocasião do desconto.

O Juízo de Direito da Comarca de Oliveira/MG fixou a pena definitiva do paciente em 02 anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe negado o benefício da substituição da privativa de liberdade.

A Corte de Justiça mineira, ao desprover o apelo defensivo, manteve a sentença condenatória com a seguinte fundamentação:

Analisei detidamente as razões apresentadas pela defesa, comparando-as com a r. decisão ora hostilizada, e não vejo como acatar a pretensão absolutória do apelante.

Num primeiro momento, poder-se-ia dizer que a hipótese dos autos retrata tão-somente um ilícito civil, cuja sede própria seria a seara executiva.

Porém, analisando detidamente o conjunto probatório, tenho que as elementares constitutivas do delito de estelionato se fizeram presentes na ação do recorrente, não podendo sua conduta passar às margens do Direito Penal.

A materialidade do delito está comprovada pela representação à f. 16, cópia do cheque à f. 21, original à f. 20, além dos depoimentos da vítima e testemunhas.

O réu Marcelo Bastos de Paula confirma ter emitido o cheque para pagamento de dívida, contudo alega que tal cártula não pode ser descontada, pois receitas prometidas durante a campanha política não foram depositadas em sua conta.

Assim, afirmou o réu, na fase policial:

‘[...] que confirma o preenchimento e o espécime de assinatura, contidos no cheque apresentado pela vítima, conforme exibido para o declarante em f. 07 dos autos, esclarecendo que partiram de seu próprio punho escritor; que, na data da emissão do título em questão, o declarante era candidato a prefeito pela Coligação ‘Acorda e Avança Oliveira’; que, quando das campanhas políticas, várias pessoas e empresas doaram quantias para fazer frente às despesas, esclarecendo o declarante que havia ainda uma previsão de entrada de outras quantias em épocas oportunas; que, assim sendo, realizou despesas referentes à campanha, entretanto, com cheques na modalidade ‘pré-datados’, aguardando o declarante a entrada de outras receitas prometidas; que o declarante não foi eleito, tendo ficado algumas despesas a serem quitadas; que a quitação das despesas restantes ocorreriam tão logo entrasse dinheiro, coisa que não aconteceu, ficando assim o declarante em situação desconfortável para quitar as despesas restantes’ (f. 34/35).

Afirma ainda que já se encontra em situação mais equilibrada e pretende quitar a dívida com a vítima Raimundo Nonato da Silva (f. 34/35). Porém, quando procurado por Raimundo, prometeu que o reembolsaria oportunamente e, até a data do depoimento desta na delegacia, em 10.10.2002, frise-se, mais de 02 (dois) anos após a emissão do cheque, tal pagamento ainda não havia ocorrido (f. 43/44).

Por outro lado, o cheque recebido de ‘troco’ pelo réu foi repassado imediatamente para o pagamento de outra dívida, causando ainda mais prejuízo à vítima, pois esta foi executada, tendo que arcar com a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Assim afirmou a vítima em sede policial:

‘[...] Marcelo compareceu à oficina do declarante para ‘fazer o acerto’, dando em pagamento aos serviços prestados pelo declarante um cheque no valor de R\$ 565,30 (quinhentos e sessenta e cinco reais e trinta centavos), da ‘Coligação Acorda e Avança Oliveira’; que, como os serviços prestados pelo declarante ficaram em apenas R\$ 265,00 (duzentos e sessenta e cinco reais), o declarante, como troco, entregou para Marcelo um cheque de sua titularidade (do declarante), no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), cheque de número 000427, cuja cópia o declarante apresenta nesta oportunidade [...]; que, posteriormente, fez contatos com Marcelo; no entanto, este se esquivou de todas as formas, dizendo que ainda ia procurar o declarante para fazer o acerto; que, na realidade, o declarante não recebeu pelos serviços prestados a Marcelo, bem como ainda obteve um prejuízo no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), referente ao troco, haja vista que Marcelo deu o cheque de titularidade do declarante em pagamento de combustível no ‘Posto Curral de Minas’, tendo o frentista do citado estabelecimento, posteriormente, ajuizado uma ação contra o declarante, uma vez que este havia sustado o pagamento do cheque no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) tão logo obteve a notícia de que a conta corrente da mencionada coligação partidária estava encerrada (f. 17/18).

Também na fase administrativa, a testemunha Elias Machado de Jesus Silva, frentista do posto de gasolina Curral de Minas, confirma ter sido ressarcido por Raimundo:

‘Que o cheque apresentado ao sacado foi devolvido por estar com o pagamento sustado; que a firma para qual trabalhava (Autoposto Curral de Minas) devolveu o cheque para o depoente, tendo este, por sua vez, protestado o título, tendo sido ressarcido pelo Sr. Raimundo Nonato da Silva, salientando que também procurou Marcelo Bastos de Paula para receber o valor equivalente ao cheque; no entanto, não obteve êxito, razão pela qual obteve o protesto’ (f. 42).

Note-se, de acordo com os extratos bancários juntados (f. 56/61), que não havia saldo suficiente em sua conta no dia em que emitiu o cheque nem no prazo avençado, ou seja, na data da emissão da cártula (11.08.2000), o saldo de sua conta era de R\$ 10,86 (dez reais e oitenta e seis centavos); já no dia em que se aprazou o desconto do título (11.09.2000), o saldo era de R\$ 57,84 (cinquenta e sete reais e oitenta e quatro centavos).

Ainda, pelos extratos bancários, constata-se que, no período de 1º.08.2000 até 03.10.2000, 20 (vinte) cártulas foram devolvidas pelo banco sacado por insuficiência de fundos, o que demonstra a má-fé do réu e sua intenção de obter para si vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Percebe-se que o agente agiu com dolo, ludibriando a vítima para conseguir vantagem ilícita, sendo certo que se trata de estelionato, e não de puro ilícito civil, como quer a defesa.

Portanto, verificada a obtenção da vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, induzida a erro por artifício, ardil ou fraude, os fatos se subsumem no tipo penal descrito no art. 171, *caput*, do CP, isto é, estelionato consumado.

A propósito:

‘Demonstrado, à saciedade, o dolo preordenado da apelante, meio apto a lograr o induzimento da vítima em erro, obtendo a vantagem ilícita, daí por que não ser possível cogitarmos de mero ilícito civil, como quer a apelante. Recurso negado’.

Ementa parcial (TAMG, Apelação Criminal nº 303.227-9, 2ª Câmara Criminal, Relator Juiz Erony da Silva, j. em 21.08.2001).

Assim, o cheque pré-datado apenas não se presta à configuração do delito de estelionato na sua modalidade descrita no art. 171, § 2º, inc. VI, do CP, contudo é apto a qualificar o crime previsto no *caput* do citado artigo (f. 38/42)

Da simples leitura do acórdão impugnado se vê que é inaplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inexistência de estelionato quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida.

No caso, o paciente emitiu um cheque que não possuía provisão de fundos no dia em que foi emitido nem no prazo avençado para o seu pagamento, que foi trocado por outra cédula da vítima, de menor valor, que foi utilizada para pagamento de dívida em outro estabelecimento comercial.

Tais fatos, consoante entendimento das instâncias ordinárias, soberanas na análise de matéria fático-probatória, demonstram a intenção do paciente de induzir a vítima em erro para obter vantagem ilícita. Por isso, o enquadramento da conduta no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Desse modo, para se reconhecer a atipicidade da conduta do paciente, por ausência de dolo de obter vantagem ilícita, mormente após sentença condenatória, confirmada em sede de apelação e transitada em julgado, seria indispensável o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na estreita via do *habeas corpus*.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

Emissão de cheque pré-datado. Apontada inidoneidade para configurar o crime de estelionato. Aventada atipicidade da conduta imputada ao paciente. Pagamento da cédula que teria sido frustrado em face de sustação fraudulenta, e não por insuficiência de fundos. Necessidade de revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória para a alteração de tal entendimento. Impossibilidade na via estreita do *mandamus*. Constrangimento ilegal não evidenciado. Denegação da ordem.

1. Não se desconhece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a frustração de pagamento de cheque pós-datado, que não é dado como ordem de pagamento à vista, constituindo garantia de dívida, não configura o crime de estelionato.

2. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça já decidiu que 'a frustração no pagamento de cheque pós-datado, a depender do caso concreto, pode consubstanciar infração ao preceito proibitivo do art. 171, *caput*, desde que demonstrada na denúncia, e pelos elementos de cognição que a acompanham, a intenção deliberada de obtenção de vantagem ilícita por meio ardil ou o artifício' (HC 121.628/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 09.03.2010, DJE 29.03.2010).

3. Há na hipótese dos autos peculiaridade que impede o reconhecimento, de plano, da atipicidade da conduta atribuída ao paciente, já que o pagamento do cheque por ele emitido deixou de ser efetivado não por insuficiência de fundos, mas sim porque teria sido sustado em razão de notícia de furto não comprovada.

4. Para alterar tal entendimento, considerando-se atípica a conduta para a absolvição do paciente pelo crime previsto no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, afastando-se a conclusão de que o cheque por ele emitido configuraria meio fraudulento apto à prática do ilícito em exame, seria necessário revolver matéria fático-probatória, o que não é admitido na via eleita.

5. Ordem denegada (HC 167.741/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 28.10.2011).

Habeas corpus. Estelionato. Emissão de cheques sem fundos e encerramento da conta bancária. Condutas descritas na denúncia que sugerem a existência de fraude. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa não configurada. Ordem denegada.

1. Na hipótese, o denunciado, durante um curto período de tempo (entre os dias 28.03.1995 e 08.04.1995), emitiu cinco cheques (quatro pós-datados e um como ordem de pagamento à vista), em estabelecimentos comerciais diversos, evadindo-se da cidade antes que eles fossem apresentados à cobrança, oportunidade em que todos foram devolvidos por insuficiência de fundos e por se encontrar a conta encerrada.

2. A denúncia encontra-se esboçada quanto à tipificação delitiva, haja vista que enquadrou as condutas do paciente no *caput* do art. 171 do Código Penal, pois é certo que a emissão de cheques pós-datados, e não como ordem de pagamento à vista, exclui a conduta específica descrita no inciso VI do § 2º do art. 171 do Estatuto Repressivo (fraude no pagamento por meio de cheque), porém não afasta a fraude prevista no estelionato em sua forma fundamental.

3. Não há como reconhecer na hipótese a insignificância da conduta, seja porque o valor do prejuízo não se enquadra no conceito de ínfimo ou irrisório, seja porque as condutas apresentam um elo de continuidade (art. 71 do Código Penal).

4. Satisfazendo a peça acusatória os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a elucidação dos fatos, em tese delituosos, descritos na vestibular acusatória depende da regular instrução criminal, com o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* somente é possível quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de mínimos indícios de autoria e prova da materialidade.

5. Ordem denegada (HC 57.502/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 23.10.2006).

De outro lado, o Juízo de Direito da Comarca de Oliveira/MG fixou a pena definitiva do paciente em 02 anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe negado o benefício da substituição da privativa de liberdade, com a seguinte fundamentação:

[...] considerando que vem para os autos com maus antecedentes, embora tecnicamente primário; considerando que teve culpabilidade acentuada, posto que agiu com dolo intenso, visando à obtenção de lucro fácil; considerando que evidencia personalidade sem vínculo com o trabalho honesto; considerando que a vítima arcou com grave prejuízo, em seu próprio trabalho; fixo a pena-base, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal, em dois anos de reclusão; pena que torno concreta e definitiva, à falta de outros fatores que a modifiquem. O réu cumprirá a pena, inicialmente, em regime aberto, podendo recorrer em liberdade. Expeça-se o mandado de prisão, com o trânsito em julgado (f. 30).

Segundo as disposições do art. 44 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.714/98, somente poderá ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o condenado não for reincidente, e a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a medida.

As instâncias ordinárias, ao individualizar a reprimenda penal, reconheceram a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, mormente a presença de maus antecedentes, o que, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício.

No mesmo sentido:

Habeas corpus. Apropriação indébita qualificada. Condenação. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Culpabilidade e consequências. Fundamentação concreta. Personalidade. Processo em curso. Ilegalidade. Regime prisional mais gravoso. substituição negada. Possibilidade. Trânsito em julgado. Pedido prejudicado. Ordem parcialmente concedida. [...].

4. Embora a reprimenda aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal, fica justificada a imposição de regime prisional mais severo, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, e a negativa da substituição da pena, nos exatos termos do art. 44, III, do mesmo diploma legal.

[...] (HC 83.569/SP, 6ª Turma, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 12.04.2010).

Habeas corpus. Receptação qualificada. Incidente da execução não enfrentado pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Desclassificação e inocência. Dilação probatória. Inadequação da via eleita. Depoimento de policiais. Meio probatório válido. Esgotamento das instâncias ordinárias. Execução provisória da pena. Exasperação da pena-base, regime prisional mais gravoso e indeferimento da substituição da pena com base em circunstâncias judiciais desfavoráveis. Possibilidade. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

[...] 5. A culpabilidade acentuada e a personalidade voltada à prática delituosa constituem fundamentação idônea para justificar a exasperação da pena-base, a fixação de regime prisional mais gravoso do que o previsto pela cominada in concreto e o indeferimento da substituição da pena. Aplicação dos arts. 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC 95.314/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 02.06.2008 - grifei).

Ressalte-se que a fixação da pena-base acima do mínimo legal já foi impugnada nos autos do HC nº 172201/MG, no qual consignei que, não obstante a constatação de impropriedades na individualização da pena, vislumbra-se a existência de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que determinou a devolução dos autos à origem com a finalidade de, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, seja fixada

a reprimenda proporcional e suficiente à reprovabilidade da conduta do agente.

Ademais, inviável a análise de eventual constrangimento ilegal pelo indevido reconhecimento dos maus antecedentes, uma vez que os autos foram deficientemente instruídos, deles não constando a folha penal do paciente, mesmo após os pedidos de informação ao Juízo monocrático e ao Tribunal apontado como coator.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.
É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem".

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp. Brasília (DF), 15 de maio de 2012. - Lauro Rocha Reis - Secretário.

(Publicado no DJe de 23.05.2012).