

A Emissão de Cheque sem Fundos

ARNOLD WALD

I — A importância do cheque no mundo moderno. II — A legislação brasileira nesta matéria. III — O direito penal comparado. IV — Conclusões.

I

O CHEQUE é uma ordem de pagamento à vista visando fundos disponíveis em poder do sacado. (1)

A sua função é tríplice :

- a) Facilita a circulação monetária pela compensação dos créditos feita nas *clearing houses*;
- b) Favorece o espírito de poupança e a economia por intermédio dos depósitos bancários;
- c) Permite a expansão do crédito com o aproveitamento dos capitais parados ou dormentes em empresas úteis.

O cheque é um meio de circulação fácil e produtivo. Concilia a segurança do depósito com a mobilidade da circulação. Impulsor do crédito, desenvolve a produção. Concorre ainda, segundo Inglez de Souza, para a moralização das classes operárias, facilitando-lhes a frutificação das pequenas reservas e o bem-estar que uma abastança relativa proporciona. (2)

No mundo hodierno, em que tanta importância tem a velocidade das transações, compreende-se o interesse especial que há no uso do cheque. (3)

Já em 1934, o movimento das transações bancárias nos Estados Unidos atingia o sêxtuplo

(1) "A check is a bill of exchange drawn on a banker payable on demand" é a definição formulada pela lei inglesa. No mesmo sentido, a lei francesa, os códigos comerciais da Espanha, da Argentina, etc.

(2) Inglez de Souza, *Títulos ao portador*, 1898, págs. 69-70.

(3) A importância do cheque é atestada pela ampla bibliografia existente sobre o assunto. No Brasil, citemos os livros de Inglez de Souza, de Rodrigo Otavio, de J.A. Saraiva, de Thiers Vellozo e de Paulo de Lacerda, entre os mais antigos. Recentemente tivemos os trabalhos de Fortunato Azulay e de Carlos F. da Cunha. Na Inglaterra, tratou da matéria Daniel em seu livro sobre *Negotiable Instruments*; na Itália, Ramella no *Trattato dei titoli all'ordine* e Marghieri no seu livro intitulado *Titoli e operazioni di credito*; na França, Bédarride no *Commentaire de la loi du 14 juin 1865 sur les cheques*. Também se referem ao assunto os grandes tratados de direito comercial de Lyon Caen et Renault, Vivante, Bonelli, Pipia, Navarrini, Supino e outros.

do total da moeda em circulação, explicando-se assim a grande velocidade monetária deste país pelo hábito fortemente arraigado do uso do cheque mesmo para o pagamento de pequenas quantias. (4) Imaginemos pois qual deve ser hoje a relação existente entre a soma das transações bancárias e o total da moeda circulante. Basta dizer que um Banco em Nova Iorque tem em depósitos uma quantia superior ao dôbro de todo o numerário emitido pelo Brasil e ora em circulação.

Em nosso país, a velocidade monetária está aumentando nestes últimos anos. No comércio, o cheque viu-se equiparado à moeda corrente. Mas, um obstáculo perturba profundamente esta facilidade da circulação monetária. É a insegurança, a incerteza devida ao número progressivamente crescente dos cheques sem fundos cujos emitentes escapam daquele "arquipélago de ilicitudes" que é o direito penal. Os casos relatados pela crônica judiciária já assaz numerosos são apenas ecos relativamente raros proporcionalmente às dezenas, quicá as centenas de cheques que diariamente deixam de ser pagos pelos bancos por falta de provisão.

Ora, o aumento da nossa velocidade monetária é uma necessidade imperiosa da nossa economia. Ao mesmo tempo que sofremos da inflação, da depreciação da nossa moeda, assistimos à falta de numerário, patenteando-se assim a lentidão desesperadora da circulação da nossa moeda. E um dos fatores proeminentes, talvez o fator essencial, que impede a rapidez das transações é a ausência da confiança nos cheques, que não podem ter fé pública, diante da interpretação que lhes é dada pela lei e pela jurisprudência. Não somos aliás os primeiros a apontar este fato e a lamentá-lo. Já Carvalho de Mendonça, ao escrever o seu *Tratado de Direito Comercial*, no momento em que surgia o capitalismo no Brasil, indicava a falta de segurança jurídica produzida pela proteção insuficiente do cheque. Escrevia então o ilustre comercialista que: "Há em grande parte receio na solvência dos comerciantes e banqueiros, e, conquanto os cheques se entendem passados *pro solvendo*, temem-se questões com o emissor, voltando o credor muitas vezes a pior situação que a anteriormente mantida, não obstante poder empregar a ação executiva.

(4) HERBERT LEVY — *Problemas atuais da economia brasileira*, 1934, p. 64 e seguintes.

A penalidade tão branda e sempre inaplicável para quem emite cheque sem fundos concorre muito para aquêlo receio". (5)

Sente-se pois uma necessidade imperiosa de reformar a nossa legislação no que se refere à emissão do cheque sem provisão para atender ao interesse que tem o Estado, no desenvolvimento, em bases sólidas, da economia nacional, e os particulares, na segurança que deve caracterizar as transações realizadas.

II

Dois textos legislativos em nosso direito positivo vigente referem-se à emissão de cheques sem fundos: a lei do cheque (Lei n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912) no seu artigo 7.º e o Código Penal de 1940 no seu artigo 171, n.º VI do § 2.º.

1. O Código Penal de 1890

Antigamente as legislações preferiam não aludir ao crime de emissão de cheque sem provisão, receando entrar de modo o desenvolvimento do instituto. Assim foi na Inglaterra, na Alemanha e na Áustria. Resumindo esta orientação, podia o Sr. Asser, ao encerrar os trabalhos da conferência de Haia de 1912, da qual fôra presidente, aplicar ao cheque aquela frase de Carmen acêrca do amor:

"Le chèque est enfant de Bohême :
Il n'a jamais connu de loi."

O nosso Código Penal de 1890 não se referiu especialmente ao cheque embora já datasse a nossa legislação sobre esta matéria de 1860.

Punia-se tão-somente a emissão de cheque sem fundos quando chegasse a constituir meio de cometer o estelionato. Aplicavam-se no caso os §§ 5.º e 7.º do artigo 338 do antigo Código Penal que se referiam aos crimes de "usar de artifícios para surpreender a boa fé de outrem ou ganhar-lhe a confiança, induzindo-o a erros ou enganos por êsses e outros meios astuciosos, procurando para si lucro ou proveito" e de "usar de falsa qualidade, falso título ou de qualquer ardil para persuadir a existência de bens e créditos e por êsses meios induzir alguém a entrar em negócios ou especulações, tirando para si qualquer proveito ou locupletando-se com a jactura alheia".

Só se punia pois a emissão de cheque sem fundos quando dela decorresse prejuízo para a vítima e quando tivesse sido cometido o crime por meio de artifício, ardil ou outro meio fraudulento. Não constituía pois crime a emissão de cheque sem provisão quando, por exemplo, o portador soubesse que o cheque recebido era sem fundos, ou quando deixasse de se concretizar o prejuízo. Considerava-se a emissão de cheque um crime contra o patrimônio, um crime material.

2. A Lei do Cheque de 1912

A lei do cheque no seu artigo 7.º estabeleceu que: "Aquêlo que emitir cheques, 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".

Esta multa independe do caráter culposo ou doloso da infração. Não interessa, no caso, o elemento subjetivo. Discutiu-se em favor de quem revertia esta multa. De acôrdo com os termos da lei, parece ser ela cobrada em benefício da União, embora fôsse mais lógico e mais prático que revertesse em favor do beneficiário do cheque, conforme a emenda rejeitada do deputado Alberto Sarmiento e a solução da lei suíça. Esta multa, na realidade, nunca ou muito poucas vezes foi aplicada. Não passou de uma medida abstrata e teórica. Para que se tornasse eficaz, necessário seria que os bancos comunicassem às autoridades fiscais os cheques sem provisão que lhes eram apresentados para o devido pagamento. Somente assim a multa alcançaria o fim intimidativo e repressivo que almeja. A emissão de cheque sem fundos como contravenção fiscal é uma figura que, até agora, não chegou a vir à luz. Só existiu nos comêndios e na lei.

De acôrdo com o artigo 8.º da lei de 1912, o beneficiário adquire direito a ser pago pela provisão de fundos, existente em poder do sacado, desde a data do cheque. Se o emitente retira, antes de pago o cheque, a provisão destinada ao pagamento dêste, comete o crime de alhear a coisa própria já alheada.

Se a tendência legislativa do comêço do século era avêssa à punição específica da emissão do cheque sem fundos, considerada esta figura como contravenção fiscal ou como elemento do crime de estelionato, assim não continuou sendo. O cheque deixou de ser filho da Boêmia desconhecido da lei e por ela desconhecido. Difundiu-se, em todos os países, o uso do cheque, passando êste a ser usado inclusive nas transações internacionais. Aumentou a sua circulação. A verificação da existência de fundos tornava-se cada vez mais difícil. Os bancos se multiplicaram por tôda parte. Interessante seria para mera ilustração comparar o número de bancos existentes no Brasil em 1912, com o que existe hoje. O Estado passou a intervir na vida comercial. Quis que ela tivesse maior solidez e que se evitassem as grandes crises. Regulamentou a concordata e a falência, que deixaram de ser meros contratos para dependerem da homologação judicial, e regulamentou o cheque. Equiparou-o à moeda, fazendo com que fôsse recebido nas repartições públicas e concedeu-lhe a proteção estatal concretizada em norma de direito penal. O Estado passou a defender a fé pública, a credulidade dos cidadãos e as legislações incriminaram especificadamente a emissão de cheque sem fundos. Algumas mais tradicionais conservaram-na entre os crimes contra o patri-

(5) CARVALHO DE MENDONÇA — *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. V, livro III, parte II, 1922, p. 536.

mônio, equiparando-a ao estelionato, outras, mais modernas, sentindo mais profundamente a significação do cheque no mundo atual, incluíram êste crime entre aqueles cometidos contra a fé pública, por analogia com o crime de moeda falsa. Não dissera aliás Pouyer-Quertier que o cheque sem provisão era moeda falsa?

3. A Consolidação das Leis Penais

A Consolidação de Vicente Piragipe no seu artigo 338, § 2.º, definiu e puniu o crime de emissão de cheque sem fundos, destacando-o do estelionato. A norma penal referente à matéria ficou sendo assim redigida: "Incorrerá nas penas de prisão celular por um a quatro anos aquele que fraudulentamente emitir cheque sem provisão de fundos em poder do sacado, além da multa de 10% sobre o respectivo montante."

O Desembargador Vicente Piragipe caracterizou assim como crime autônomo a emissão de cheque sem fundos, dêle fazendo uma figura *sui generis* do estelionato, "que com êste não se confunde, como se não equipara com a falsidade, muito embora a alma dos três crimes, o substrato que lhes é comum, seja o ludíbrio da vítima. Talvez que o delito de emitir cheque sem fundos ainda mais se aproxima da falsidade por ferir a fé pública, circunstância que não ocorre no estelionato." (6) Todavia a Consolidação manteve o crime de emissão de cheque sem fundos entre aqueles que atentam contra o patrimônio alheio, considerando-o pois como crime material, para cuja configuração há de se exigir a existência de prejuízo.

4. O Código Penal de 1940

Assim também fez o nosso legislador de 1940 que se filiou à corrente tradicionalista.

Depois de definir, no artigo 171, o estelionato, fez, no § 2.º do mesmo artigo, incorrer em penas iguais quem :

"....."

VI — emite cheque sem suficiente provisão de fundos ou lhe frustra o pagamento."

Do ponto de vista técnico, duas falhas lamentáveis podem ser apontadas. A primeira é a inclusão dêste crime no título dois do Código ou seja entre os crimes cometidos contra o patrimônio alheio, quando na realidade se trata de crime contra a fé pública, pois de fato não há diferença entre o cheque falso e o cheque sem fundos. Quem emite um cheque sem fundos fere a fé pública tanto quanto aquele que assina um cheque em nome de outrem. Com a atual equiparação de fato do cheque à moeda e com a aceitação generalizada que o cheque vem tendo, a emissão de cheque sem fundos só difere do crime de moeda

falsa, pela menor periculosidade do agente e pela maior facilidade que há em verificar a ausência de provisão.

Outro erro técnico do nosso legislador foi a inclusão do crime de emissão de cheque sem fundos como parágrafo do artigo que trata do estelionato. Tal falha criou uma jurisprudência discrepante e absurda que exigiu para a conceituação do crime de emissão de cheque sem fundos os requisitos característicos do estelionato ou seja: vantagem ilícita, prejuízo alheio, indução em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento. Transformou-se assim injustificadamente o crime de emissão de cheque sem provisão de crime formal, que deveria ser, em crime material. O erro do legislador poderia ter sido corrigido por uma interpretação doutrinária que atendesse à *ratio legis* e se inspirasse no direito comparado. Todavia divergem a nossa jurisprudência e a nossa doutrina quanto ao aspecto formal ou material dêste crime. Haverá necessidade de prejuízo alheio e de uso de ardil ou fraude para que se conceitue o crime de emissão de cheque sem fundos? E se o portador souber que o cheque que recebeu é sem provisão, ainda assim haverá crime? Se subordinarmos o § 2.º do artigo 171 ao *caput* do mesmo artigo parece que no caso figurado não há crime. Em sentido contrário, manifestou-se todavia o legislador argentino. (7) Outras dúvidas surgiram acerca dos cheques antedatados emitidos sem provisão e dos cheques oriundos do pagamento de obrigações naturais como dívidas de jôgo.

A *Exposição de Motivos* do Código Penal, no seu n.º 61, parece aliás condicionar o crime de emissão de cheque sem fundos aos requisitos essenciais para a configuração do estelionato. Efetivamente, diz o Ministro Francisco Campos que "Com a fórmula do projeto, já não haverá dúvida que o próprio silêncio, quando malicioso ou intencional, acerca do preexistente erro da vítima, constitui meio fraudulento característico do estelionato".

Entre tais crimes, são incluídos alguns não contemplados na lei em vigor, como, *exempli gratia*, a fraude relativa a seguro contra acidentes (art. 171, § 2.º, n. V) e a "frustração de pagamento de cheques" (art. 171, § 2.º, n. VI)".

A *Exposição de Motivos* parece corroborar a subordinação da figura do crime de emissão de cheque sem fundos aos requisitos necessários para a existência do estelionato.

Em discussão pública, realizada na Faculdade Nacional de Direito, o Ministro Nelson Hungria inclinou-se a defender a materialidade do crime de emissão de cheque sem provisão. Em sentido contrário, manifestou-se o Professor Demóstenes Madureira do Pinho. Para êste eminente jurista pátrio, o crime de estelionato é material, exigindo um dano para a sua integração, mas o

* (6) Parecer do Procurador do Estado de São Paulo, Vicente de Azevedo, in *Revista Forense*, LXVII, p. 48.

(7) S. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1946, V Vol. p. 424 e seg.

mesmo já não acontece com as formas equiparadas ao estelionato, nas quais o delito está perfeito independentemente de quaisquer eventos materiais. São estes últimos crimes de natureza formal, bastando simples dano potencial para informá-los. No caso da emissão de cheque sem provisão, não é necessário para a existência do crime que o portador venha realmente a sofrer qualquer prejuízo: o simples fato de emitir cheque sem fundos constitui crime e crime perfeito. (8) Tal é a lição do Professor Madureira do Pinho, já precedida aliás por brilhante parecer do Procurador Vicente de Azevedo que se manifestara no mesmo sentido. O fato é suficiente. Não há outros requisitos para a configuração do crime. Não há aliás formas equiparadas ao estelionato. Há crimes diversos cujas penas são equiparadas à pena do estelionato, o que é muito diverso. E' o que acontece com a emissão do cheque sem fundos. E' um crime essencialmente formal, independe de prejuízo.

Pouco importa que o portador soubesse da inexistência dos fundos. O crime não é lesão do patrimônio alheio, mas atentado contra a fé pública. Assim, se alguém compra uma mercadoria que deverá receber uma semana depois e paga-a com um cheque sem provisão e, se, antes de mandar a mercadoria, o vendedor verifica que o cheque é sem fundos, não entregando pois a mercadoria encomendada, não há, no caso, nem prejuízo, nem enriquecimento ilícito. Não houve o dano material característico do crime de estelionato. Não se configurou o estelionato, mas houve o crime de emissão de cheque sem fundos. Isto porque não se pode exigir que quem receba um cheque deva verificar se tem ou não tem provisão, como não se pode exigir que quem receba uma nota, uma moeda averigüe se é ou não autêntica, se é ou não falsa. Há, no caso, uma presunção *juris tantum* de verdade, de autenticidade. E quem emite um cheque sem fundos, destruindo esta presunção, que corresponde à vital necessidade da circulação, comete um crime contra a fé pública.

5. A Jurisprudência

Outras questões relativas à emissão do cheque sem fundos têm sido debatidas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Alguns julgados chegaram até a adotar a tese aberrante de que não havia crime quando o emitente não fôsse correntista do banco contra o qual sacara o cheque pois a lei se refere à provisão insuficiente e não à ausência de provisão. Felizmente, tal interpretação discrepante e que contraria o bom senso tem sido geralmente repelida. Também se discutiu se os fundos deviam existir no momento da emissão ou quando da apresentação do cheque pelo portador ao sacado. A maioria dos autores consideram que é suficiente a existência dos fundos no momento do pagamento do cheque.

(8) D. MADUREIRA DO PINHO, Apostilhas de 1950-1951, Direito Penal, págs. 28 e 29.

Para a configuração do crime de emissão de cheque sem provisão, a jurisprudência tem exigido que ficasse provado não só o fato material — a emissão do cheque sem fundos — mas também o ânimo doloso, o *animus nocendi*, do emitente, quando este ao contrário devia ser presumido até prova do contrário já que há uma presunção *juris tantum* de que quem é correntista de um banco sabe ou deve saber o montante dos seus depósitos neste banco. (9) A nossa atual jurisprudência continua com a mesma orientação, exigindo que, para a configuração do crime, "se prove o dolo, expresso na vontade de lesar a pessoa em favor de quem foi o mesmo emitido". (10) Em sentido idêntico, manifesta-se o promotor Plínio Cavaleiro que se recusa a reconhecer o crime de emissão de cheque sem fundos quando o portador sabia da inexistência da provisão. (11) Parece-nos mais justo que se estabeleça uma presunção *juris tantum* de que o correntista tinha conhecimento do quantum de que dispunha em banco. Tal é ao menos o *quod plerumque axit*. Provado o fato, ao réu cabe alegar e provar a discriminante. Condenar-se-á pois o acusado desde que não tenha produzido "qualquer prova de que ao tempo da emissão do cheque possuía fundos no estabelecimento sacado, se limitando a alegar irresponsabilidade, sem base em qualquer prova dos autos" (12) a menos que se verifique que tinha êle boas razões para desconhecer o seu saldo real no banco e pensar ser este superior ao existente de fato. Tal já é a orientação seguida, em alguns casos de recursos de habeas-corpus, pelo nosso Supremo Tribunal Federal e que deve generalizar-se. Uma vez provado o fato e desde que o réu não consiga provar ter sido fortuita ou culposa a emissão, configura-se o crime. A presunção não é de ter sido dolosa a emissão, o que representaria uma aberração em nosso sistema processual penal; é no sentido do conhecimento do seu saldo bancário pelo emitente. Se o emitente sabia quanto tinha em depósito e emitiu um cheque de quantia maior está provado que agiu dolosamente.

Outrossim, a nossa jurisprudência se acostumou a deixar de reconhecer a existência de crime no caso dos cheques sem provisão pós-datados. (13) O crime sendo formal existe independentemente da alteração da data e os julgamentos que no caso absolveram os criminosos não têm fundamentos lógicos.

(9) Vide as decisões da 2.^a Câmara da Corte de Apelação in *Revista Forense*, vol. LXVI, 1936, p. 361 e da 1.^a Câmara da mesma em *Revista Forense*, vol. LXVIII, 1936, p. 185 que exigem a prova do dolo.

(10) Acórdão da 1.^a Câmara Criminal, in *Revista Forense*, 1952, n.º 144, p. 461.

(11) Parecer do Promotor Plínio Cavaleiro in *Revista Forense*, 1946, n.º CVII, p. 400.

(12) Acórdão do Supremo Tribunal Federal de que foi relator o Ministro Nelson Hungria, publicado in *Revista Forense*, vol. 142, 1952, p. 339.

(13) Cf. *Revista Forense*, 1946, CVII, p. 400.

Vemos pois, pela própria discrepância da nossa jurisprudência, quão premente é a necessidade de nova regulamentação legal da matéria que enquadre a emissão de cheque sem fundos entre os crimes formais, entre os crimes contra a fé pública.

III

O direito comparado é o eterno manancial de novas técnicas jurídicas. Permite a cada povo de aproveitar experiências legislativas e jurisprudenciais de outras nações, ampliando assim os conhecimentos do jurista. Mas, as soluções do direito comparado não podem ser transplantadas sem que se atenda ao estado econômico e social do país em que se quer aplicar a lei. Inúteis e abstratas são as soluções gerais e universais. A razão deste ponto está com a Escola Histórica de Burke e de Savigny que condicionou o direito aos fatores geográficos, econômicos e culturais, ao *Volksgeist*.

No campo da regulamentação legal do cheque, o direito comparado assinala uma evolução em que podemos distinguir três fases principais: a primeira de liberdade completa; a segunda de liberdade atenuada e a terceira de regulamentação severa, correspondendo estas transformações ao declínio do liberalismo e ao intervencionismo estatal crescente. De início, num regime capitalista nascente, opuseram-se os comerciantes à regulamentação legal deste instrumento tão cômodo e de fácil circulação que era o cheque. Assim as legislações até o fim do século passado deixaram de regulamentar o cheque, limitando-se em geral a estabelecer disposições tendentes a evitar fraudes contra o fisco. Posteriormente, com a transformação econômica e a concentração progressiva dos capitais, aumentou a velocidade da circulação monetária e surgiram, em quase todos os países, leis referentes ao cheque, considerando-se então a emissão de cheque sem fundos como crime contra a propriedade equiparado ao estelionato. Num derradeira fase, já caracterizada pela intervenção profunda do Estado na vida econômica, a emissão de cheque sem fundos passou a ser punida severamente já como crime contra a fé pública.

Deixando de lado a Holanda, cuja regulamentação legal do cheque data de 1776, podemos dizer que as primeiras leis reguladoras deste instituto jurídico foram: a lei francesa de 14 de junho de 1865, posteriormente modificada, a lei inglesa de 18 de agosto de 1882, a lei austríaca de 1906 e a lei alemã de 1908.

As normas legais sobre esta matéria foram geralmente reunidas numa lei especial, tendo, em outros casos, sido a sua regulamentação incluída no Código Comercial, ou, no que se refere à emissão de cheques sem fundos, no Código Penal.

Leis especiais sobre o cheque tivemos na França, na Alemanha, na Áustria, no Brasil (lei de 1912). Disposições incluídas no Código Comercial regulamentaram o cheque na Espanha, na

Itália, na Suíça, na Argentina. Quanto às normas penais aplicáveis ao emitente de cheque sem fundos integram-se geralmente ou na lei especial sobre a matéria ou no Código Comercial. Algumas legislações todavia configuram o crime de emissão de cheque sem fundos no Código Penal. As discussões sobre a localização da norma penal são análogas às aquelas existentes em torno dos crimes falimentares que alguns reivindicam para a lei comercial e outros para a lei penal.

Algumas legislações incriminaram especialmente, taxativamente, a emissão de cheque sem fundos enquanto outras apenas punem este crime quando configurando o estelionato. Entre as legislações que se referem em particular à emissão de cheque sem fundos, citemos as leis francesas de 1917 e 1926, o decreto português de 1927, a lei belga de 1929, o decreto italiano de 1933, o decreto polonês de 1924, a lei grega de 1918. Entre as legislações que incluíram a matéria no Código Penal, lembremos a Argentina (art. 302), o México (art. 193), Cuba (art. 550), Costa Rica (art. 280) e o Brasil (art. 171, § 2.º, n.º VI). (14)

Na Argentina, o crime de emissão de cheque sem fundos foi considerado inicialmente como crime contra a propriedade, só posteriormente passando para o capítulo dos crimes contra a fé pública. É o que nos explica o eminente jurista da nação irmã, Sebastian Soler, no seu *Derecho Penal Argentino*. Efetivamente, de acordo com o projeto de 1912, apresentado pelo deputado Del Valle, a emissão de cheque sem provisão configurava o crime de estelionato como em todas as outras legislações tradicionais. Mas, em novo projeto do mesmo deputado, datado de 1917, e elaborado em vista de certas dificuldades encontradas pela jurisprudência, a emissão do cheque sem provisão foi incluída no capítulo das falsidades, no capítulo dos crimes contra a fé pública. Sentiu o legislador argentino que o bem jurídico protegido pela norma penal era, no caso, menos o patrimônio alheio do que a confiança pública que devem ter os instrumentos circulantes que representam valor pecuniário.

O Código Penal Argentino, no seu artigo 302, definiu da seguinte maneira o crime de emissão de cheque sem provisão:

"Será reprimido com prison de uno a seis meses el que dé en pago ou entregue por cualquier concepto a un tercero e siempre que no concurren las circunstancias del art. 172, un cheque ou giro sin tener provisión de fondos ou autorización expresa para girar em descubierto y no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal dentro de las 24 horas de haber sido protestado. (15)

(14) E. CUELLO CALON, *Derecho Penal*, 7.ª edição, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1949, II vol. p. 860.

(15) SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1946, V Vol., p. 424 e seg.

O crime de emissão de cheque sem fundos é pois, na legislação argentina, um crime formal porque o Código Penal visa uma proteção genérica do valor dos instrumentos e títulos que só pode ser alcançada quando estes são defendidos pela sua força intrínseca, independentemente de danos concretamente causados num determinado caso.

A diferença entre o estelionato e a emissão de cheque sem fundos, na legislação argentina, consiste na necessidade de haver fraude para que se configure o estelionato ou seja o receptor do cheque não pode saber que este não tem provisão. Diante do texto do art. 302 todavia pode haver crime de emissão de cheque sem fundos mesmo quando quem recebe o cheque sabe que este não tem fundos. (16) Poderá neste caso o portador do cheque cometer o crime de extorsão indívida mas isto já é outro problema (artigo 160 do nosso Código Penal).

O legislador argentino fez todavia uma concessão razoável à teoria clássica ao extinguir a punibilidade quando dentro de 24 horas após o protesto o emitente paga o cheque. Esta medida que visa encorajar o pagamento do cheque emitido sem provisão explica-se pelo desejo de evitar a ação penal quando possa haver imediata reparação do dano causado. Diversas legislações incluíram dispositivos análogos em suas leis, fazendo assim do crime de emissão de cheque sem fundos um crime cuja configuração é condicional, dependendo do decurso do prazo de 24 horas sem pagamento do débito.

No mesmo sentido se orientou o projeto do novo Código Penal para a Argentina elaborado pelos professores Jorge E. Coll e Eusebio Gómez, apresentado em 8 de julho de 1937, que incluiu no título XIV — “Delitos contra o comércio, a indústria e a agricultura” — o crime de emissão de cheque sem fundos. Reza o artigo 387 deste projeto: “Impor-se-á prisão de seis meses a dois anos a quem der em pagamento ou entregar a qualquer título a um terceiro, e sempre que não concorreram as circunstâncias do artigo 226, um cheque ou letra de câmbio sem ter suficiente provisão de fundos ou autorização expressa para sacar a descoberto e não abonar o mesmo em moeda nacional, dentro de 24 horas depois do protesto.” (17)

O *Direito Francês* teve uma evolução legislativa no sentido da severidade progressiva da pena nos casos de emissão de cheque sem fundos. De acordo com a lei de 1865, admitia-se uma sanção penal no caso de emissão de cheque sem fundos sem que a lei especial mencionasse qual fosse esta pena. Aplicando-se no caso o Código Penal, punir-se-ia a emissão de cheque sem fundos como estelionato (*escroquerie*) quando contivesse os elementos deste último crime. Mas o estelionato só se configura no caso de manobras fraudulentas que, numerosas vezes, inexistem ou não podem ser provadas na emissão de cheque sem provisão.

Assim, diante das oscilações da jurisprudência e da ineficácia da lei, decidiu o legislador francês, em 12 de agosto de 1917, criar o delito específico de emissão de cheque sem fundos cujas penas foram sucessivamente agravadas pela lei de 12 de agosto de 1926, pelos decretos-leis de 30 de outubro de 1935 e de 24 de maio de 1938, e pelas leis de 22 de outubro de 1940, de 1 de fevereiro de 1943, de 31 de janeiro de 1944 e de 28 de maio de 1947.

Considera a legislação francesa vigente que constituem o crime de emissão de cheque sem fundos os seguintes fatos:

- a) emitir cheque sem provisão disponível ou com provisão insuficiente;
- b) retirar parcial ou integralmente a provisão destinada ao pagamento do cheque;
- c) proibir o sacado de pagar o cheque.

Em todos estes casos, só há crime havendo dolo do emitente, o que se explica aliás pelo princípio geral de direito penal de que os fatos culposos só são punidos havendo especial determinação da lei neste sentido. (18) O dolo inclui aliás o dolo eventual ou de perigo que consiste não em querer o fato mas em assumir o risco de produzi-lo. Não se exige a intenção de prejudicar, o *animus nocendi*, sendo suficiente, para a configuração do crime, que o emitente deva ou possa saber que não há provisão para o pagamento do cheque. (19)

O dolo se caracteriza quando o emitente sabe que não tem a provisão necessária para o pagamento do cheque em poder do sacado, conforme interpretação da Corte de Cassação. A prova da má fé ficou a cargo do Ministério Público sendo normalmente fácil fazê-lo já que não se concebe que o emitente ignorasse o estado da sua conta. Uma lei de 1940, posteriormente revogada, estabeleceu a presunção *juris et de jure* de má fé quando o emitente, intimado por carta do beneficiário ou do sacado, não constituísse a provisão no prazo de cinco dias. Vemos aqui mais uma vez a tentativa feita pela lei de dar um certo prazo ao emitente para efetuar o pagamento. Somente se não o fizer durante o prazo estipulado é que se configura o crime. Tal solução, embora não tivesse sido bem sucedida no direito francês, parece-nos acertada, não obstante o crime deva ser punido independentemente do prejuízo causado. Em vez da presunção *juris et de jure* nós teríamos preferido que a presunção estabelecida no caso fosse apenas *juris tantum*, o que mais se coadunaria com o espírito de justiça, facilitando a prova sem inverter a verdade.

A jurisprudência francesa, em sua evolução, abandonou o critério clássico e deixou de exigir como requisito indispensável para a existência do crime o prejuízo causado a outrem. Neste ponto,

(16) SEBASTIAN SOLER, *ibid.*

(17) ROBERTO LYRA, *Crimes contra a economia popular*, 1940, págs. 110 e 111.

(18) Ver artigo 15, § único do nosso Código Penal.

(19) RIPERT, *Traité Élémentaire de droit commercial*, 2.^a ed., 1951, págs. 760-761.

adiantou-se o direito francês em relação à interpretação dada por alguns dos nossos tribunais. A jurisprudência francesa considerou suficiente para a configuração do crime a possibilidade, ou seja, a eventualidade de um prejuízo, o perigo de causar prejuízo e esta eventualidade resulta da própria emissão do cheque sem fundo, do próprio fato de ser o cheque um instrumento de pagamento circulante.

Assim, podemos dizer que, embora classificando o delito como crime contra a propriedade alheia, o direito francês, por uma técnica diferente, fez da emissão do cheque sem fundos um delito formal pois deixou de exigir a concretização do prejuízo alheio para a configuração do crime.

Delineando o conceito do crime, a jurisprudência francesa nêle incluiu a emissão de cheque sem provisão ante ou pós-datados e não indagou da razão do débito, da causa do pagamento, da sua liceidade, considerando a existência do crime mesmo quando, por exemplo, o cheque foi dado em pagamento de dívida, oriunda de jogo. (20)

Na Itália, o Código Comercial continha no seu artigo 344 disposição idêntica àquela existente em nossa lei de 1912, artigo 7.º. Por outro lado, punia-se a emissão de cheque sem fundos quando constituísse estelionato de acordo com as normas do Código Penal. (21)

Posteriormente a legislação italiana protegeu o cheque (assegno bancario) considerando-o acertadamente como um ato particular equiparado aos atos públicos (*scritture private equiparate per la pena agli atti pubblici*) a que se refere o art. 491 do Código Penal Italiano. Assim, tratou esta legislação do cheque falso no capítulo dos crimes contra a fé pública. (22)

A lei italiana de 28 de agosto de 1933, no seu artigo 116, n.º 2.º, puniu "aquêles que emitir cheque bancário sem que possuam com o sacado a soma suficiente, ou que após a emissão e antes da data fixada para a apresentação dispuser diversamente do total ou de parte daquela soma" frisando todavia que "se o imputado fornecer a soma ao titular do cheque antes da sua apresentação, a pena será reduzida à metade; se a emissão se verificar por uma circunstância escusável, isto é, de boa fé, será isento de pena." (23)

Poderíamos prolongar a nossa viagem através da "geografia do direito" que é o direito com-

parado. Mas, desde já, algumas conclusões se impõem aos nossos olhos.

Embora diversos fôssem os termos e as aparências, diversas as terminologias e as técnicas empregadas, sentimos uma orientação comum nítida e vitoriosa a dominar todos os países nesta matéria. Inclina-se as leis para considerarem a emissão do cheque sem fundos como um crime contra a fé pública, como um crime essencialmente formal, não cabendo ao juiz fazer indagações acerca da origem do cheque, da causa da sua emissão etc... Pouco importa se o cheque foi pós ou antedatado, se o portador sabia ou não da falta de provisão. O cheque é um título formal; o seu valor está totalmente compreendido na declaração de vontade do emitente. O cheque circula, prejudica terceiros que não podem conhecer as circunstâncias originárias da emissão. Assim, não há como exigir a efetivação, a concretização do prejuízo para que se possa configurar o crime.

As legislações argentina e italiana já vêm na emissão do cheque sem fundos um crime cometido contra a fé pública. A França, embora não adotando terminologia idêntica, tem uma jurisprudência que de fato classifica este crime entre aqueles cometidos contra o interesse público, contra a fé pública. O crime existe pela simples emissão que cria para os futuros portadores o perigo, a eventualidade do prejuízo. É um crime essencialmente formal. (24)

Tal é a boa orientação que nos dá o direito comparado apoiado na doutrina e já acatada, numa interpretação criadora, por parte da nossa jurisprudência. Sendo formal o crime, não há de se exigir o *animus nocendi*. Sendo ato de vontade de quem normalmente conhece o estado das suas finanças, presume-se que emitiu sabendo que não tinha suficiente provisão. Se conhecia o seu saldo, agiu dolosamente. Tendo havido dolo, aplica-se a sanção penal. Se tinha razões para ignorar o quantum depositado em banco, o emitente agiu culposa ou fortuitamente. Culposa ou dolosa a emissão, aplique-se em todo caso a pena pecuniária do artigo 7.º da lei de 1912. Assim pensamos poder esmagar o flagelo do cheque sem fundos que está arruinando pela base a nossa circulação monetária e a economia nacional.

Dizia JEAN CRUET com certo realismo que "vemos sempre a sociedade transformar a lei; jamais vimos a lei transformar a sociedade." Acreditamos todavia que uma reforma legislativa neste campo auxiliado por uma boa interpretação jurisprudencial conseguirá metamorfosear o cheque, de simples prova de confissão de dívida em instrumento circulante sólido e seguro, fazendo-o sair do estado de marasmo, em que se encontra, aumentando a velocidade da nossa circulação monetária e suprimindo assim a falta de numerário.

(20) Quanto ao direito francês, consulte-se: RIPERT, *Traité de Droit Commercial*, págs. 760-761; Maurice Patin et Paul Caujolle, *Législation pénale en matière commerciale*, 2.ª edição, Presses Universitaires, 1949, págs. 116-120.

(21) Cf. *Codice di Commercio Commentato* de BOLAFFIO-VIVANTE, vol. 5, 1931, p. 522 e seguintes e *Enciclopedia de Diritto Penale Italiano* de Pessina, 1913, vol. 14, p. 920 e seguintes.

(22) MANZINI, *Tratatto di diritto penale italiano*, VI, vol., Torino, 1935, p. 652 e seguintes.

(23) Para a legislação belga, consulte-se Nypels, *Le Code Pénal Belge Interprété*, 1899, 4.º vol., págs. 197-202. Para outras legislações, vide CUELLO CALÓN, *La protección penal del cheque*, 2.ª ed., 1949, p. 11 a 23.

(24) Veja-se neste sentido GEORGES TIXELER, *Le délit d'émission de chèque sans provision*, Paris, 1934, passim.