

R Jurd Cons  
n. 25  
1999

REVISTA JURÍDICA

EXEMPLAR DE ASSINANTE  
VENDA PROIBIDA

**CLASSIFICAÇÃO DE REMÉDIOS**  
**ABEILDOS**

# consulex

ANO II - VOLUME I - Nº 25

31 DE JANEIRO DE 1999



## ENTREVISTA EXCLUSIVA COM O PRESIDENTE DA OAB

### Reginaldo de Castro diz que Conselho Federal punirá severamente profissionais aéticos

**SURSIS**

Prós e contras de um instituto controverso.

**O SONHO DA CASA PRÓPRIA...**

...Pode virar pesadelo.

**A VEZ DO ESTUDANTE**

Presidente da OAB-SP  
enaltece Programa de  
Incentivo à Cultura Jurídica.

**CONSULEX GANHA PRÊMIO DE EXCELÊNCIA**

**OAB SP**  
A Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo,  
por seu Departamento Cultural e Jurídico, juntamente com a Associação  
Brasileira de Direito Cultural - ABREDC, têm o prazer de  
Revista **CONSULEX**  
em parceria de seu atual Presidente, o Advogado  
**Dr. Luiz Fernando Zakarewicz**  
pelo comprometimento da publicação verificada por ocasião do  
Congresso **CONSULEX**, realizado pelo Conselho de Gestão e  
Administração da Ordem do Brasil, em setembro realizado na OAB/SP.  
São Paulo, 30 de dezembro de 1998.  
Dr. Roberto Aguiar de Aguiar  
Presidente da OAB/SP  
Dr. Luiz Fernando Zakarewicz  
Presidente da OAB/SP

# CHEQUE NO BRASIL



## GÍRIAS SOBRE O "PRÉ-DATADO"

- Borrachudo: é aquele que ao bater no caixa, volta imediatamente;
- Boi: quando o caixa do banco o recebe, menciona: huuumm!
- Voador: é o que vive voando, pós-datado, no comércio;
- Chorãozinho: é o cheque fácil de emissão e difícil recebimento;
- Fernando Scherer (Xuxa): Nada, nada, nada...

O Brasil dispõe de lei não tão recente sobre o cheque, a Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, cujo projeto fora apresentado pelo Senador Luiz Viana Filho, em 1980. Assim como a antiga Lei nº 2.591/12 e a Lei Uniforme de Genebra, promulgada pelo Decreto nº 57.595, de 7 de janeiro de 1966, não o definiu. Este último diploma estatuiu no art. 3º: "o cheque é sacado sobre um banqueiro que tenha fundos à disposição do sacador e em harmonia com uma convenção expressa ou tácita, segundo o qual o sacador tem o direito de dispor desses fundos por meio de cheque".

Antes de enfrentar a natureza jurídica do cheque, indispensável para bem compreender os cheques pré-datados indispensável, ainda que ligeira, referência à evolução legislativa do instituto no Brasil.

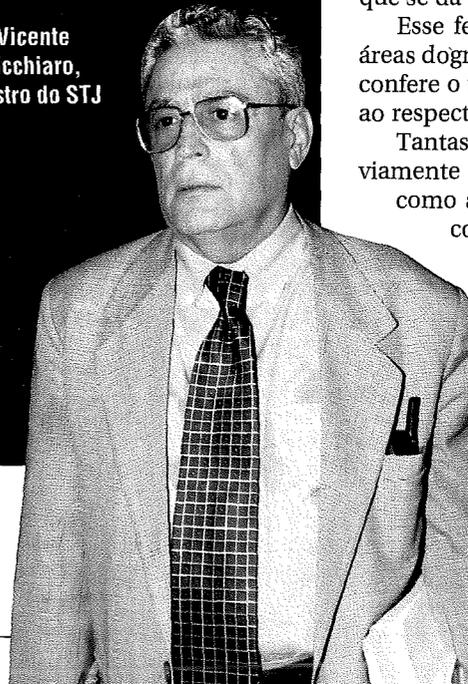
O primeiro diploma foi a Lei nº 1.088, de 1860, dez anos após a promulgação do Código Comercial. Aliás, com ela nasceu e persiste, no país, a necessidade de títulos ao portador ser precedida de autorização legislativa. Note-se o referido diploma legal não empregou o vocábulo cheque. Ao contrário, referia-se a "recibos e mandatos ao portador, passados para serem pagos na mesma praça em virtude de contas correntes, contanto que sejam de quantia superior a 50\$000".

Na Legislação brasileira, "cheque" surgiu, pela primeira vez, na Lei nº 149-B, de 1890: deviam ser de "quantia superior a cinquenta mil réis, passados nos termos do modelo anexo ao Decreto nº 3.323, de 22 de outubro de 1864, para serem pagos na mesma praça em virtude de contas correntes".

Neste século, aos 07.08.12, a Lei nº 2.591 regulamentou o instituto jurídico.

*"O credor preferia o cheque à nota promissória porque a lei penal brasileira define como crime emitir cheque sem a devida provisão em poder do sacado. Não ocorre o mesmo quanto a promissória."*

Luiz Vicente Cernicchiaro, Ministro do STJ



Os comercialistas, no Brasil, divergem quanto a natureza jurídica do cheque.

De um lado, coloca-se a corrente que sustenta não ser título de crédito; a sua provisão, diversamente da letra de câmbio, deve existir e estar disponível desde a sua emissão. E mais. Configura, isso sim, instrumento de pagamento.

Em contrapartida, outros escritores, têm-no como título de crédito; tanto assim, quando endossado, passa a representar valor, persistindo a responsabilidade do emitente (sacador). Torna-se, então, instrumento de circulação econômica. Acrescentam os defensores deste segundo pensamento: a lei revestiu o cheque de requisitos de forma de modo a garantir a expressão de fundo.

O Direito é relação entre duas ou mais pessoas e tem um fato histórico como causa. Nasce então vínculo entre elas a que se dá o nome de relação jurídica.

Esse fenômeno é comum a todas as áreas dogmáticas; cada qual, por sua vez, confere o tratamento que melhor atenda ao respectivo setor.

Tantas vezes, esse fato histórico é previamente disciplinado pelo Direito. Tal como acontece com a relação jurídico-penal. O crime, por força do princípio da reserva legal, como fato relevante, precisa previamente estar definido em lei (sentido formal).

No comércio, não obstante atos solenes, predomina a informalidade. Aliás, evidenciando o pormenor, o Regulamento nº 737, no art. 1º estatuiu: "Todo Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios e causas comerciais,

todo o árbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver que decidir sobre objetos, atos ou obrigações comerciais, é obrigado a fazer aplicação da legislação comercial aos casos ocorrentes”.

O art. 2º encerrava: “Constituem legislação comercial o Código de Comércio e, subsidiariamente, os usos comerciais (art. 291, Código) e as leis civis (arts. 121, 291 e 428, Código). Os usos comerciais preferem às leis civis somente nas questões sociais (art. 291) e nos casos expressos no Código”.

Com a lei de Introdução ao Código Civil (Decreto nº 4.657, de 04.09.42) acrescentaram-se a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Os usos e costumes, reiteração de prática de atos comerciais tida como aceitação da sociedade, sempre exerceram relevante papel na formação dos institutos comerciais. O direito estatutário medieval era fundamentalmente consuetudinário.

O Código Comercial Brasileiro emprega pluralidade de palavras para mencionar usos e costumes: “uso e prática mercantil” (art. 154); “estilo e uso do comércio” (art. 169); “estilo da praça” (art. 179); “uso comercial” (art. 186); “usos do comércio” (art. 201); “uso praticado no comércio” (art. 207, nº 2); “usos comerciais” (art. 291).

Entre nós, como, aliás, na doutrina, distingue-se o “uso” do “costume”. O nosso João Mendes ensina que “uso” é a simples repetição de fato da mesma espécie; se esse uso tem por objeto estabelecer relações jurídicas entre pessoas, classifica-o como “costume”. Dois elementos são exigidos para o uso se transformar em costume: *objetivo* – repetição uniforme e constante da conduta, ou do fato; *subjetivo* – convicção de a repetição ser necessária, útil a uma necessidade jurídica. *Opinio iuris atque necessitatis*.

Waldemar Ferreira<sup>1</sup> escreveu: “seja qual for a relação jurídica, o documento exprime direito de crédito, ou seja, o de exigir determinada prestação em certo prazo. Exprime-o de tal modo que quem possui o documento tem o crédito nele ínsito. Constitui ele o que se chama *título de crédito*.”

O título de crédito, conseqüentemente, nasce com a relação jurídica, e esta com ele. Assim é nas operações de crédito, em geral, que são as decorrentes do interpor-se o tempo em seu ajuste e execução. Mas também pode ser representativo de bens, de toda a natureza, móveis ou imóveis, produtos agrícolas, mesmo ainda pendentes, ou industriais, ainda em fabri- ▶

co ou seja fabricadas e em ponto de expedirem-se, quando não já expedidos e depositados.

Conceituou-os Cesare Vivante, depois de vê-los por este prisma. Títulos de crédito são documentos necessários para o exercício do direito literal e autônomo que neles se contêm.

Para o fim deste trabalho, buscando estabelecer comparação com o cheque "pré-datado", interessam, não obstante a ligeira referência, a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque.

Letra de câmbio (tradução literal do italiano *lettera di cambio*) é carta, correspondência de permuta ou troca. A fim de evitar os perigos do transporte de valores de uma cidade para outra, incentivou-se, paralelamente ao "câmbio manual ou miúdo", ou seja, a troca de moeda, nas feiras medievais, ocasionando lucro (ágio) aos banqueiros, cambiadores, o "câmbio real": os banqueiros se encarregavam de receber o dinheiro em uma cidade, incumbindo-se de restituí-lo em outra cidade, na moeda corrente no lugar da entrega. Formava-se, então, o contrato de câmbio (troca). Dessa avença, decorria o instrumento *lettera di pagamento di cambio*. Com o passar do tempo, esse documento começa a gozar dos efeitos dos documentos mercantis.

*"Os usos e costumes, reiteração de prática de atos comerciais tida como aceitação da sociedade, sempre exerceram relevante papel na formação dos institutos comerciais."*

Em 1839, na Alemanha, a letra de câmbio é transformada em título de crédito: por isso, passa a valer por si mesma, abstraindo-se de sua causa originária.

Deixou, a partir de então, de ser, como no início, "papel probatório" para transformar-se, como se repete, em papel-moeda dos comerciantes.

A nota promissória é promessa de pa-

gamento de valor determinado do devedor ao credor. É título de crédito (literal e abstrato). O principal elemento distintivo é a nota promissória ser promessa de pagamento; a letra de câmbio, ao contrário, ordem de pagamento. Aqui, são necessárias três pessoas: o "sacador" que emite a letra dando a ordem ao "sacado" para pagar a soma indicada ao "beneficiário" ou "tomador". Na nota promissória, vinculam-se apenas duas pessoas: o "emittente", devedor, que promete o pagamento ao "beneficiário", credor.

Há íntima identidade entre a "letra de câmbio" e a "nota promissória".

Os romanos reconheciam a validade do título; à época, também conhecida como *chirographos* quando emitida por estrangeiros, particularmente gregos.

No Brasil, à nota promissória, tanto no Decreto n° 2.044, como na lei uniforme, aplicam-se os preceitos disciplinadores da letra de câmbio. O art. 77 estipula serem-lhe aplicáveis, na parte em que não sejam contrárias à sua natureza, as disposições relativas às letras de câmbio e concernentes ao endosso, aval, vencimento, pagamento, direito de ação por falta de pagamento, pagamento por intervenção, cópias, alterações, prescrição, dias feriados, contagem de prazo e interdição de

dias de perdão.

O cheque, como a letra de câmbio, é uma "ordem" de pagamento. Há, todavia, significativa diferença - ordem de pagamento à vista.

Não há, na lei brasileira, como dito, definição de cheque. A Lei nº 2.591, de 7 de agosto de 1912, a Lei Uniforme de Genebra, promulgada pelo Decreto nº 57.595/66 e a legislação em vigor, Lei nº 7.357/85 não o fizeram. O referido Decreto encerra no art. 3º: "o cheque é sacado sobre um banqueiro que tenha fundos à disposição do sacador e em harmonia com uma convenção expressa ou tácita, segundo a qual o sacador tem o direito de dispor desses fundos por meio de cheque"; dirigido a alguém para pagar a um terceiro ou ao próprio emitente. Há, pois, o emitente (passador ou sacador) - quem emite, dá, saca ou passa a ordem; o sacado - o banqueiro a quem é dirigida a ordem; e o tomador (beneficiário, ou portador) - a pessoa em favor de quem é expedida a ordem.

O cheque, não obstante a polêmica doutrinária, adquire as características de título de crédito. Clássica se tornou a lição de Vivante, reclamando três características fundamentais: literalidade, autonomia e cartularidade.

Não há dúvida, o cheque é instrumen-

to formal de pagamento. O emitente, ao expedir ordem ao sacado, sendo esta honrada, quita o débito com o beneficiário. Nada impede, contudo, o beneficiário, em vez de apresentá-lo ao sacado, mediante endosso, transferi-lo a terceiro. Neste ponto, evidencia-se a autonomia - própria do título de crédito. Com efeito, o endossatário é titular do crédito, independentemente da causa jurídica da relação preexistente. Cada obrigação que deriva do título é "autônoma" relativamente às demais. Evidencia-se a autonomia.

O exercício do direito do emitente, ou do endossatário, reclama a exibição do documento. Configura-se a cartularidade.

Ademais, o titular do direito só pode reclamá-lo consoante o que estiver escrito, reduzido a termo. Aqui, faz-se presente a literalidade.

O cheque "pré-datado" é a cártula, cuja data, não correspondendo à da emissão, indica dia posterior. Ao contrário do cheque pós-datado, cuja data é lançada depois da emissão.

A Lei Uniforme Relativa ao Cheque, no art. 1º, ao relacionar os requisitos do título, menciona: "a indicação da data e do lugar onde o cheque é passado" (5º).

A mesma exigência era imposta pela Lei nº 2.591/12, cujo art. 2º estatua: "o

cheque deve conter: c) data, compreendendo o lugar, dia, mês e ano da emissão, sendo o dia e o mês por extenso".

O requisito é repetido na Lei nº 7.357/85, cujo art. 1º, V, reclama: "a indicação da data e do lugar de emissão".

Em consequência, nota-se, exigência jurídica expressa exige o lançamento da data da emissão do título.

A data é importante; na espécie, elemento fundamental, constitutivo, porque o cheque é título de pagamento à vista. Aliás, a referida Lei nº 7.357/85, literalmente, no art. 2º, comanda: "O título a que falte qualquer dos requisitos enumerados no artigo precedente não vale como cheque". Ressalva dois casos: "I - na falta de indicação especial, é considerado lugar de pagamento o lugar designado junto ao nome do sacado; se designados vários lugares, o cheque é pagável no primeiro deles; não existindo qualquer indicação, o cheque é pagável no lugar de sua emissão; II - não indicado o lugar de emissão, considera-se emitido o cheque no lugar indicado junto ao nome do emitente".

Repita-se, relativamente à data da emissão, não faz nenhuma ressalva.

No Brasil, há vários anos, o cheque vem sendo utilizado, alterando-se a data da emissão, particularmente, lançando- ▶

se data posterior.

Há explicação para tanto. A legislação determinava, passados mais ou menos trinta anos que, na nota promissória, deveria ser aposta estampilha, cuja receita se destinava a reforçar o orçamento da educação. Daí, popularmente, ficar conhecida como "selo de educação". Inexistia a exigência quanto ao cheque.

De outro lado, o credor preferia o cheque à nota promissória porque a lei penal brasileira define como crime emitir cheque sem a devida provisão em poder do sacado. Não ocorre o mesmo quanto a promissória. O credor, então, sentia-se com maior garantia, ao receber o cheque. Não honrado, poderia ameaçar o emitente com a *notitia criminis*. E tantas vezes, o recebimento era efetuado na Delegacia de Polícia. A nota promissória, repita-se, não conferia essa possibilidade ao credor. O título, em si mesmo, não seria idôneo para instaurar inquérito policial; cumpria ao credor evidenciar que fora instrumento de fraude, caracterizando, normalmente, o crime de estelionato.

A repetição do cheque "pré-datado", assim, à margem da lei, desempenhava função econômica em operações de pequeno vulto; referiam-se a contrato de compra e venda a empregados, que fixa-

vam a data da emissão, correspondente à data do pagamento do salário (contrato de trabalho), ou do vencimento (funcionário público).

Não obstante revogada a lei tributária, o ajuste informal do dia do contrato – a data do pagamento continuou a incentivar operações, obedecendo o mesmo mecanismo. Em tempos mais próximos, o incentivo das vendas a prestações, estimulou a persistência. Notadamente, no comércio de *shopping centers* é modalidade corrente. Muitos estabelecimentos comerciais, buscando atrair a freguesia, fazem constar que o pagamento será dividido em prestações, aceitando-se cheque para 30, 60, ou 90 dias.

Há, sem dúvida, evidente incentivo às transações. O comprador não precisa esperar o dia do pagamento para efetuar a compra. E mais. Amolda, ajustando com o vendedor, as datas de vencimento das parcelas.

O vendedor continua com a "arma" (diga-se assim) de solicitar a instauração do inquérito policial caso o emitente não honre o compromisso. Esse dado, entretanto, passou a ser secundário; praticamente, não é utilizado. O grande estímulo, evidente, ao lado de incentivar as vendas, é o elevado índice de cumprimento do

acordo. De um lado, como regra, no dia designado, é honrado. O comprador, por sua vez, só apresenta o título na data convenionada. Não há, como regra, quebra do combinado. Exemplo típico do clássico acordo de cavalheiros.

Dessa forma, o cheque "pré-datado" passou a ser instrumento de circulação da riqueza, com elevado grau de confiabilidade.

As transações, nos moldes acima, são celebradas às claras. Hoje, ampliaram a área de incidência, alcançando, ao contrário do que acontecia nos primeiros momentos, restrito a negócios de pequeno vulto, transações de valores significativos, de que a compra de imóveis e veículos constituem ilustração.

Cumpra, então, definir a natureza jurídica do cheque "pré-datado".

Em face da legislação brasileira não pode ser tido como cheque. Viu-se, este título de crédito, e por ser tal, as características do instrumento são rígidas, valendo pelos caracteres lançados. É o requisito da instrumentalidade. Uma das características do cheque é "a indicação da data e do lugar de emissão" (Lei n° 7.357/85, art. 1°, V). Não pode, portanto, haver cheque "pós-datado", ou "pré-datado".

Diga-se o mesmo quanto a nota pro-

missória. Além das rígidas características formais, substancialmente, ainda que à vista, configura obrigação de pagamento assumida pelo emitente. O cheque, ao contrário, é ordem de pagamento. Terceiro (banqueiro) deverá efetuar o pagamento.

O cheque "pré-datado", então, é um instrumento de promessa de pagamento. Afasta-se do cheque pelas características formais. Não é nota promissória porque o pagamento é efetuado pelo banqueiro. E mais: perde a sua função de ordem de pagamento à vista.

Substancialmente, entendo, configurar instrumento de promessa de pagamento com data prefixada. Formalmente, dado apresentar as características de cheque, faz às vezes desse título de crédito, como adiante será anotado, utilizando-se o endosso. Eventualmente, o beneficiário exige aval.

A conclusão não é afetada pelo disposto no art. 32, da Lei nº 7.357/85: "O cheque é pagável à vista. Considera-se não escrita qualquer menção em contrário.

Parágrafo único. O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação".

Com efeito, considera-se não escrita data que não seja correspondente ao dia da emissão. Reforça-se assim, o título de crédito.

O cheque "pré-datado", entretanto, é diferente. Houve estipulação de prazo pelo emitente e o beneficiário. Não existiu, por isso, *animus* de constituir cheque.

O desvirtuamento do cheque "pré-datado" (parece paradoxal), com a quebra do acordo de cavalheiros, gera efeito próprio do cheque.

Urge, todavia, distinguir o aspecto material da formação do instrumento do aspecto meramente formal.

Sem dúvida, o cheque "pré-datado" é desvirtuamento jurídico do cheque, utilizado como instrumento de incentivo de transações. Apresentado ao banco sacado, na data consignada, havendo provisão e inexistindo indício de qualquer outro vício, o pagamento é efetuado sem restrições.

Algumas vezes, o emitente, *ad cautelam*, para evitar eventual surpresa (o que é praticamente nulo) coloca as seguintes palavras, que passaram a traduzir uso repetido: "bom para o dia x". Com isso, evita apresentação fora do prazo estipulado. Apesar desse registro, o banco sacado não faz oposição e efetua o pagamento, no dia consignado.

O cheque "pré-datado", nessas condições, insista-se, além de não ser título de pagamento à vista, bem ao contrário, de pagamento futuro, materialmente, não é cheque. Tem a forma. Falta-lhe a matéria.

Já se disse, analogicamente, o Direito é como Rei Midas: em tudo que toca, jurídico se torna.

Daí, o cheque "pré-datado" ser juridicamente relevante. E o é, no meu entender instrumento de promessa de pagamento. Pergunta-se: em sendo assim é "uso", ou "costume" comercial?

*"vendedor continua com a arma (diga-se assim) de solicitação do inquérito policial caso o emitente não honre o compromisso. Esse dano, entretanto, passou a ser secundário; praticamente, não é utilizado."*

O uso, em termos de Direito Comercial, é mera repetição de fatos da mesma natureza; quando passa a ser acolhido pela sociedade como útil a configurar ou disciplinar relações jurídicas, sem contrastar o Direito, ao contrário, ajustando-se a ele porque não repellido, tem-se o costume.

O cheque "pré-datado", portanto, é expressão de costume comercial.

A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro é expressa: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (art. 4º).

A lei brasileira não contempla o cheque "pré-datado". As respectivas relações jurídicas são inúmeras, multiplicam-se, ganham expansão dia-a-dia. Hoje, sem dúvida, é significativo instrumento de circulação de riqueza. Ademais, recepção

pela sociedade. Não contraria nenhum princípio jurídico. Não contrasta a Moral. Poder-se-á sintetizar com estas palavras: entre os claros da disciplina dos títulos de crédito, a dinâmica dos atos comerciais constituiu um instituto, inspirado na estrutura jurídica do cheque, todavia, alheio a uma das exigências deste título – ordem de pagamento à vista.

Acrescente-se significativo pormenor. O fornecimento de talonário de cheques é disciplinado pelo Banco Central (Regulamento Anexo à Resolução nº 1.631, de 24.08.89); por isso, o correntista, em princípio, goza de crédito.

O cheque "pré-datado", como instituto jurídico, evidente, gera sanção, tomando-se o vocábulo como conseqüência lógica de a pessoa haver atuado de acordo, ou em desacordo com o preceito da norma.

Examinar-se-ão as sanções (no sentido mencionado) em dois planos: administrativo e penal.

O Banco Central do Brasil, através da Resolução nº 2.154, de 27 de abril de 1995, vedou às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, no art. 1º:

"I – a realização de operações de crédito garantidas com cheques e de desconto de cheques;

II – a prestação de serviço de custódia física e eletrônica de cheques".

O art. 2º é categórico:

"A inobservância das disposições desta Resolução será considerada falta grave, para fins do disposto no art. 44 da Lei nº 4.595, de 31.12.64". Essa Resolução, embora, em nenhum momento empregue a expressão cheque "pré-datado" pelo conteúdo, percebe-se, refere-se a ele.

Pois bem. A Resolução nº 2.352, de 23 de janeiro de 1997, também do Banco Central, laconicamente, estatui:

"Art. 1º Revoga-se a Resolução nº 2.154, de 27.04.95.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação".

Assim, a proibição anterior deixou de existir. Conclui-se que o Banco Central, tacitamente, reconhece o cheque "pré-datado", ou, pelo menos, não o rejeita.

Registre-se: Nenhuma censura deve ser lançada a essa política. O cheque "pré-datado", é caso de insistir, não contraria o Direito, sequer a lei. Viu-se, não se confunde com a Nota Promissória, nem com o cheque. Instrumento de promessa de pagamento, como outros, é instituto constituído nos usos e costumes do comércio: ocupa espaço próprio.

Esse fenômeno é inerente à dinâmica ▶

do Direito Comercial. Waldemar Ferreira fornece ilustração nesse sentido:<sup>2</sup>

“Sendo o cheque ordem de pagamento à vista, emissível contra o banqueiro ou comerciante, em favor próprio ou de terceiro, muito se duvidou pudessem os bancos sacá-lo contra si mesmos. Para a existência dele e desempenho de sua finalidade econômica e jurídica, supôs a lei fundos de terceiro em poder de banco ou estabelecimento comercial, a fim de poderem ser levantados, parcial ou totalmente, por terceiros, como depositantes. Incompreensível era pudesse o banco sacá-lo contra si mesmo, pois a pluralidade de estabelecimentos bancários não desfaz a unidade da pessoa jurídica.

.....  
 Instituiu-se, na prática bancária italiana, com tal finalidade o cheque circular – *l'assegno circolare*.

.....  
 Não tardou, porém, que a lei o acolhesse e lhe imprimisse feição própria, como título de crédito à ordem, emissível somente por instituto de crédito devidamente autorizado, pela autoridade competente, pagável à vista.”

No âmbito do Direito Penal, lançam-se as seguintes considerações.

O Código Penal, no Título dos “Crimes Contra o Patrimônio”, no capítulo VI – Do Estelionato e Outras Fraudes – define no art. 171, VI – “Fraude no pagamento por meio de cheque”, *verbis*: “emite o cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento”.

O cheque “pré-datado”, cujo pagamento não seja honrado, configura o transcrito tipo legal de crime?

A resposta, na doutrina e na jurisprudência, é negativa.

O raciocínio desenvolvido é o seguinte:

Em primeiro lugar, o aspecto formal de não configurar o instituto cheque. Sabe-se, o instituto, na espécie, é elemento normativo jurídico do tipo. Razões anteriores evidenciam não projetar o modelo jurídico reclamado.

Em segundo lugar, o tipo, ao exigir com elemento constitutivo a fraude, portanto, engodo, ardil, má-fé do agente, inexistindo a malícia porque o beneficiário tem ciência de inexistência de provisão de fundos em poder do sacado, na data da emissão, não é iludido, falta a má-fé como dado integrante da definição legal do delito. Em termos breves: não há o elemento subjetivo, ou seja, o dolo.

As partes da transação acordam livre-

“O cheque, não obstante a polêmica doutrinária, adquire as características de título de crédito.”

mente a respeito da forma de pagamento. O vendedor concorda que o preço, total, ou parcialmente seja pago em data futura; se, no dia combinado, o comprador não honrar o compromisso, ter-se-á inadimplemento de obrigação. Em faltando a malícia, o ardil, enfim a fraude, não se faz presente elemento constitutivo e, por isso, a própria figura delituosa mencionada. Nesse caso, o vendedor arresta as consequências da operação, restando-lhe apenas a via judicial para reparação de danos civis.

O delito de fraude no pagamento por meio de cheque é crime patrimonial; entregue cheque pro-solvendo, em razão de obrigação anterior, pelo fato de não ser honrado, por si só, não caracteriza fraude. Falta o induzimento em erro da contraparte para configurar a infração penal.

Nota-se, portanto, o cheque “pré-datado” é mero instrumento de crédito (promessa de pagamento).

A Súmula nº 246 do Supremo Tribunal Federal enuncia: “Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos”.

O mesmo Tribunal enunciou outra Súmula, de nº 554: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

Sem dúvida, orientação jurisprudencial que visa a incentivar o pagamento da dívida a fim de favorecer o credor. Assim o é por ser o débito de natureza cível. Em estimulando o pagamento, favorecer-se-á o credor. Ao fixar o termo *ad quem* (até o recebimento da denúncia) evita-se procrastinação do devedor. Sem dúvida, orientação de Política Criminal.

A legislação portuguesa em vigor –

Regime Penal do Cheque – ao tratar do crime de emissão de cheque sem provisão, expressamente, registra modalidade de política criminal desde que promovida “a regularização da situação, nos termos e prazo previstos no artigo 1º-A, nos termos que seguem:

1. “Verificada a falta de pagamento do cheque apresentado para esse efeito, nos termos e prazos a que se refere a Lei Uniforme Relativa ao Cheque, a instituição de crédito notifica o sacador para, no prazo de 30 dias consecutivos, proceder à regularização da situação.

.....  
 3. A regularização prevista no nº 1 faz-se mediante consignação em depósito ou pagamento directamente ao portador do cheque, comprovado perante a instituição de crédito sacada, do valor do cheque e dos juros moratórios calculados à taxa legal, fixada nos termos do Código Civil, acrescida de 10 pontos percentuais”.

Dessa forma, repita-se, a construção pretoriana brasileira se ajusta à lei portuguesa.

E mais.

O art. 11, é significativo:

“Se o montante do cheque for pago, com reparação do dano causado, já depois de decorrido o prazo referido no nº 5, mas até o início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena pode ser especialmente atenuada”.

A coincidência de tratamento jurídico, não obstante origem diversa, mostra a unidade do Direito. Apesar de países diferentes, há princípios que se impõem, seja pela via legislativa seja pela jurisprudência.

No caso dos cheques sem provisão, a lei deve preocupar-se, antes de tudo, com o pagamento. A sanção penal só se justifica supletivamente. A reparação do dano merece lugar de realce. Cada sanção em seu lugar! ☺

## NOTAS

1 *Instituições de Direito Comercial*, Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1953, 3º vol., pág. 41.

2 Ob. cit., págs. 202/3.