

BREVES NOTAS SOBRE O CRIME DE DUPLICATA SIMULADA

FÁBIO ULHOA COELHO

Sumário: 1. Introdução — 2. Originalidade da duplicata: o aceite sem assinatura — 3. As duplicatas “frias” — 4. Conclusão.

1. Introdução

A Duplicata Mercantil é título de crédito criado pelo direito nacional. Ela surge no cenário jurídico com a edição do nosso Código Comercial, em 1850. O legislador comercialista brasileiro, então, criou uma sistemática nova para a documentação do crédito originado das vendas mercantis no atacado. Essa sistemática estabeleceu a obrigação de o vendedor, emitir, em duas vias (“*por duplicado*”), na oportunidade da entrega das mercadorias, uma relação dos bens vendidos. Essas relações, denominadas *faturas*, deviam ser assinadas pelos contratantes (comprador e vendedor), sendo uma via entregue ao comprador, e ficando a outra com o vendedor (Cód. Com., art. 213).

A grande novidade introduzida pela sistemática do legislador de 1850 — que se encontra na raiz da informalidade e agilidade de que veio a se revestir, no futuro, a duplicata mercantil —, foi a definição da fatura assinada pelo comprador como título de crédito, capaz de circular e de ser executado como uma letra de câmbio (Código Comercial, art. 427, hoje revogado). Os autores, nacio-

nais e estrangeiros, são unânimes em reconhecer que essa figura — a da duplicata da fatura, isto é, a segunda via da fatura, revestida de efeitos cambiais —, não encontra inspiração em nenhum outro ordenamento jurídico, podendo ser considerada, efetivamente, uma contribuição original do direito comercial brasileiro.¹

Após ter sido eliminada como título cambial (Dec. 2.044, de 1908), e de ressuscitar para servir de instrumento de controle da arrecadação de impostos (Dec. 16.275, de 1923; Lei 187, de 1936), a duplicata mercantil acabou reencontrando sua vocação original, pela disciplina da Lei 5.474/68, diploma em vigor até o presente.

(1) “O art. 219 (do Código Comercial), dando amplitude aos efeitos da fatura comercial, foi construção original e autêntica do direito brasileiro, implantando com ele as sementes que, mais tarde, germinando, criariam um novo título de crédito” (Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, 17.ª ed., 2.º vol., p. 438). Cfr., também, Fran Martins, *Titulos de Crédito*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, 3.ª ed., 2.º vol., p. 174 e ss.; e Alberto João Zortéa, *A duplicata mercantil e similares no direito estrangeiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 129 e ss.

2. Originalidade da duplicata: o aceite sem assinatura

Segundo o seu perfil normativo atual, a duplicata mercantil² representa uma ordem de pagamento, que o vendedor, em uma compra e venda (não civil³) a prazo, emite contra o comprador, para documentar o seu crédito. Como ordem de pagamento, a duplicata mercantil se aproxima de outros títulos de créditos que possuem a mesma estrutura, entre os quais, a letra de câmbio. Mas, a duplicata se afasta desses títulos, na medida em que apresenta características próprias, exclusivas, não encontráveis em nenhum outro instituto do direito cambiário. Refiro-me, inicialmente, ao fato de que o vendedor ocupa, na du-

plicata, necessária e simultaneamente, as situações jurídicas de sacador e beneficiário do título. Isto é, cabe sempre ao credor do instrumento cambiário, no caso, a sua criação. Na hipótese de saque de letra de câmbio, o sacador pode definir terceiro como beneficiário do pagamento ordenado (tomador).

Por outro lado — e essa é uma diferença essencial entre duplicata e letra de câmbio, a repercutir na análise do crime de emissão de duplicata simulada —, o comprador das mercadorias, sacado em uma duplicata mercantil, tem obrigações cambiais mesmo que não chegue a assinar o título. É a figura do *aceite obrigatório*, aspecto fundamental da disciplina jurídica da duplicata mercantil, que a diferencia fundamentalmente dos demais títulos cambiários. Não fosse por esse aspecto, a duplicata seria apenas uma letra de câmbio com outro nome.

Que significa, exatamente, a obrigatoriedade do aceite da duplicata mercantil? Não significa, é bom assentar-se de início, que ao sacado seria vedado recusar o aceite do título. Pelo contrário, o art. 8.º da Lei 5.474/68 traz o elenco das hipóteses em que o comprador pode negar-se a praticar o aceite (“avaria, ou não recebimento das mercadorias, se não transportadas por sua conta e risco, vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovadas ou divergência nos prazos ou preços ajustados”). A obrigatoriedade do aceite, na duplicata mercantil, significa apenas que o sacado está vinculado ao pagamento do título, mesmo que não o assine.⁴

Em outros termos, significa que, por haver recebido as mercadorias transacionadas e não ter apresentado recusa formal, o comprador teria praticado um

brasileiro, apenas a “compra e venda civil” não propicia o saque desse título de crédito.

(4) Cfr. Fran Martins, *ob. cit.*, p. 195.

(2) As observações trazidas por esse artigo em relação à duplicata mercantil são, todas, aproveitáveis para a duplicata de prestação de serviços. Duas são as únicas diferenças entre esses títulos: o negócio fundamental que autoriza a emissão (a compra e venda mercantil, para uma, e a prestação de serviços, para a outra), e os requisitos para o protesto por indicações (que depende da prova da existência do contrato e do seu efetivo cumprimento, quando se trata de duplicata por prestação de serviços). Em sede de direito penal, as diferenças entre esses dois tipos de duplicata, portanto, são inexistentes. Para facilitar a exposição, no entanto, o artigo fará referência unicamente à duplicata mercantil.

(3) A Lei 5.474/68 autoriza a emissão de duplicata mercantil na hipótese de “compra e venda mercantil” (art. 1.º). Claro que, ao tempo de sua edição, não existia ainda o Código de Defesa do Consumidor, que veio subtrair, em 1991, do campo de incidência do direito mercantil, os contratos em que o comerciante se relaciona com o destinatário final de seus produtos. Estes contratos passaram a ser disciplinados pela legislação tutelar dos consumidores, e devem ser conceituados como “compra e venda ao consumidor” sendo certo que também eles autorizam a emissão da duplicata mercantil. Em suma, portanto, no direito vigente

aceite *presumido* do título de crédito. Isto é, a sua vinculação ao pagamento da duplicata mercantil, na qualidade de devedor principal, decorre legalmente de suas obrigações de comprador. Note-se bem a diferença: o sacado de uma letra de câmbio pode negar-se a assinar o título, mesmo que seja devedor do sacador. Ele, a despeito de sua dívida para com o sacador da letra, não se encontra minimamente obrigado a documentar essa dívida por uma cambial. Já o comprador de mercadorias, no direito brasileiro, se o vendedor emitiu uma duplicata, encontra-se vinculado ao título, mesmo que não tenha a vontade de representar a sua obrigação por instrumento cambiário. Em relação à letra de câmbio, diz-se, por isso, que o aceite é facultativo, ao passo que é obrigatório — no sentido acima precisado — no caso da duplicata mercantil.

Aliás, como se disse pouco acima, não fosse a obrigatoriedade do aceite da duplicata mercantil — ou seja, a vinculação do sacado ao título, independentemente de sua assinatura —, essa não seria nada mais que uma letra de câmbio com outro nome. Por tais características específicas, a duplicata mercantil é título de larguíssima utilização na economia brasileira. Ela, realmente, simplifica a formalização, circulação e cobrança dos créditos derivados de negociações mercantis. Sua agilidade e “esperteza” combinam muito, não somente com o espírito descontraído de nosso povo, mas também com as exigências da informatização do comércio e do sistema bancário.

Na verdade, hoje em dia, as duplicatas somente são materialmente emitidas (isto é, tornam-se cártyulas) quando não são pagas em seu vencimento, hipótese em que o credor se vê na contingência de providenciar o protesto e a cobrança judicial. O comerciante, titular do crédito, envia, por meio magnético, os dados correspondentes ao título para o banco encarregado da cobrança, que,

também por meio magnético, processa a emissão de uma guia de pagamento (em geral, a popularíssima *guia de compensação bancária*, pela qual o devedor pode pagar o encargo, em qualquer instituição financeira, até o vencimento). Quando há o cumprimento da obrigação, a duplicata sequer é emitida, processando-se a informação do pagamento também por meio magnético. Se, no entanto, o devedor inadimplir, o comerciante deverá processar a impressão do título, para encaminhamento ao cartório de protesto e, permanecendo a inadimplência, a instrução da inicial de execução.⁵

3. As duplicatas “frias”

A agilidade e informalidade características da duplicata mercantil, se, de um

⁽⁵⁾ O desenvolvimento da informática tem trazido alterações de tal envergadura no tratamento das informações sobre o crédito comercial que não é exagero antever o fim, muito próximo, do direito cambiário, pelo menos no formato que tem apresentado desde a Idade Média, quando se criou a letra de câmbio. Os princípios básicos desse direito — isto é, o da *cartularidade*, da *literalidade* e o da *autonomia das obrigações cambiais* — passam por uma séria crise, em muito motivada pelo implemento dos meios magnéticos na administração do crédito. Na verdade, hoje em dia, o título somente é corporificado em meio-papel porque o protesto e o processo judicial dependem dele. No futuro, quando também esses institutos jurídicos se materializarem por meio-magnético, o direito cambiário possivelmente encontrará seu fim.

Aos meus alunos, quando estranham essa possibilidade — o processo judicial em meio-magnético —, aparentemente sem a segurança necessária à sua validade, eu costumo propor que se imagine um visionário diante do Código de Hamurábi, em plena Antiguidade cogitando de leis escritas em papiro, e não mais em pedra. Os circunstâncias, certamente, estranhariam a idéia, temerosos quanto à segurança que aquele novo meio poderia proporcionar.

lado, como visto acima, são imprescindíveis a uma economia em processo de informatização crescente — e, desse modo, explicam o largo sucesso que experimenta o título —, de outro, podem por vezes dar ensejo a fraudes. Em épocas de desaquecimento econômico, por exemplo, comerciantes premidos pela necessidade de acesso ao financiamento bancário, podem simular sem grandes dificuldades a existência de crédito, mediante o saque de duplicatas *frias*. Como a vinculação do sacado ao pagamento do título independe de sua assinatura, o endosso aos bancos de duplicatas não assinadas pelo devedor principal não representa, em princípio, nenhuma irregularidade, e não induz à conclusão de inexistência de crédito mercantil. Ainda mais, em se considerando que a duplicata é encaminhada ao banco endossatário exclusivamente como informações em meio magnético, pode-se perceber que este não tem nem condições, nem interesse, em conferir a efetiva existência do crédito negociado pelo comerciante.

Nesse contexto, para proteger a circulação do crédito comercial, a Lei n.º 5.474, quando foi editada em 1968, em seu art. 26, deu nova redação ao art. 172 do Código Penal, que tipifica o crime de emissão de duplicata simulada. A conduta criminosa, então, ficara assim delineada: “Expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviços”.

Em 1990, a Lei 8.137 (art. 19), que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contribuição as relações de consumo, alterou a redação do mesmo art. 172 do Código Penal, para estabelecer como crime a conduta de “emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado”.

Examine-se a extensão da alteração no tipo penal. As condutas típicas segundo a redação anterior do dispositivo em questão não mais se encontram tipificadas. Por outro lado, o novo tipo alcança conduta que não era crime, pelos termos da redação antiga. Para se compreender esse considerável deslocamento do âmbito de incidência da norma, deve-se considerar duas ordens de argumentos: um, principal, que se debate na inteligência mesma da descrição normativa; outros, acessórios, que o reforçam.

3.1 Argumento principal

A alteração da redação do tipo abrigado no art. 172 do Código Penal não se limitou a aprimorar o teor do dispositivo ou estender a sua aplicação. Na verdade, ela operou uma radical mudança no bem jurídico tutelado pela norma penal. Anteriormente a 1990, buscava-se proteger o crédito comercial; após a mudança legislativa daquele ano, protegem-se os interesses dos consumidores, em especial, e dos compradores em geral.

Para exemplificar, imaginem-se duas situações: na primeira o comerciante vende a determinada pessoa 30 unidades da mercadoria que normalmente comercializa, mas expede duplicata mercantil mencionando a venda de 40 unidades; na segunda, o comerciante, necessitando do empréstimo bancário — para cuja concessão exige o banco o caucionamento de títulos como garantia —, expede duplicata mercantil simulando ser o titular de crédito perante terceiro, que nada havia adquirido daquele comerciante.

A primeira situação não configuraria qualquer crime, à luz do previsto pelo art. 172 do Código Penal, *por sua redação dada pela Lei 5.474/68, anterior a 1990*. Claro, já que o tipo penal de então se referia a título “não cor-

respondente a uma venda efetiva de bens". Ora, a venda efetivamente ocorrera, apenas que em vez de 40, foram transacionadas apenas 30 unidades.

Por outro lado, a primeira situação exemplificada configura crime para o referido dispositivo do Código Penal, *de acordo com a redação dada pela Lei 8.137/90*. Pela descrição vigente do crime, a emissão de duplicata é tida por simulada se o conteúdo do título não guardar correspondência com a realidade da negociação efetivada.

Por sua vez, a segunda situação é facilmente enquadrável no tipo do art. 172 do Código Penal, *segundo a redação anterior a 1990*. De fato, nela, o emitente da duplicata burla a sistemática própria de concessão e circulação do crédito comercial, normalmente praticada pelos bancos, ao oferecer garantias que, na verdade, não existem.

Mas essa mesma situação — a segunda das exemplificadas — não se enquadra no tipo do art. 172 do Código Penal, *segundo a redação hoje vigente*. Isso porque o tipo deixou de mencionar a não-correspondência entre o saque cambial e uma efetiva venda de bens, e passou a cogitar de não-correspondência entre o conteúdo do título e a realidade da venda efetivamente procedida.

A noção de simulação — ínsita à definição de qualquer tipo descritivo do crime de duplicata *simulada* —, pressupõe, necessariamente, uma comparação entre duas dimensões: a da realidade e a da formalidade. A simulação resulta, exatamente, do descompasso, da desigualdade, da não-correspondência (esses últimos os termos da lei) entre essas dimensões. Há, entretanto, uma enorme diferença entre o que o legislador considera no plano das dimensões reais e formais, antes e depois da Lei 8.137/90. Na definição típica anterior, na dimensão da realidade, referiu-se à efetividade de uma compra e venda

mercantil. Quer dizer, se no plano formal, a duplicata documentasse negócio não realizado, operava-se a não-correspondência, e, portanto, a simulação. Já, após a reforma legislativa, passou a se referir, no plano da realidade, à qualidade e quantidade de bens vendidos. Em função disso, a dimensão formal se revela não-correspondente — e, portanto, simulada — se reproduzir inadequadamente os elementos qualitativos e quantitativos da negociação.

Ora, se sequer negociação houve, como se cogitar de não-correspondência entre o plano formal e o real, quanto aos aspectos qualitativos e quantitativos de um bem que sequer existiu como objeto de contrato?

Em termos mais singelos, antes de se ponderar se houve ou não descompasso (ou seja, simulação) entre o conteúdo da duplicata mercantil e a realidade quantitativa e qualitativa da compra e venda, é necessário que esta tenha efetivamente existido. Na hipótese contrária, da inexistência do próprio negócio jurídico, não se encontram elementos fáticos necessários à incidência da norma penal.

Ou, por outra, se o legislador diz "não-correspondência a mercadoria *vendida*", ele está necessariamente descrevendo fatos posteriores à concretização de um negócio de compra e venda. Quando esta não chega sequer a se constituir, está-se diante de condutas totalmente estranhas ao campo de incidência do tipo penal.

A emissão de duplicata não fundada em efetiva compra e venda mercantil é, portanto, hoje — e desde 28 de dezembro de 1990, data da entrada em vigor da Lei 8.137 — conduta penalmente atípica.⁶

(6) Em relação às práticas verificadas anteriormente a 28 de dezembro de 1990, não há que se cogitar de punição, em vista da retroatividade da lei penal mais benigna (Cód. Penal, art. 2.º).

3.2 Argumentos acessórios

Afora esse argumento, fundamental, pertinente à exata compreensão do tipo prescrito pela norma, há elementos outros, apresentados pela matéria em discussão, que reforçam a mesma conclusão da atipicidade da conduta de emissão de duplicata mercantil não-lastreada em efetiva compra e venda.

Nesse sentido, em primeiro lugar, atente-se para a desconsideração, na redação atual do dispositivo, da conduta de aceitar duplicatas simuladas como crime. Segundo a redação anterior, quem aceitasse duplicata não-correspondente à efetiva compra e venda mercantil cometia o mesmo ilícito penal de quem emitia o título. A razão disso se encontra no fato de que muitas vezes a burla ao sistema de concessão e circulação de crédito comercial resulta de conluio entre o pretendente ao empréstimo bancário e terceiros desprovidos de patrimônio (os conhecidos *laranjas*). Na medida em que o tipo penal abstrai a figura do aceite simulado, opera-se um deslocamento do campo de incidência da norma: o sacado da duplicata — o comprador de mercadorias — passa de possível agente do crime para a posição de vítima. Essa mudança tem sentido apenas se o propósito da alteração legislativa fosse a de não mais considerar criminosa a prática de saque de duplicata como meio de fraudar interesses daquele para quem o título é transferido por endosso.

Em segundo lugar, a redação dada em 1990, elenca juntamente com a duplicata também outros documentos de emissão do comerciante, a saber a fatura ou a nota de venda. Ora, tanto uma como outra não são títulos de crédito, passíveis de circulação cambial. Não são, também, o que a praxe do comércio chama de títulos *bancáveis*, isto é, aceitos pela generalidade dos bancos, para fins

de desconto ou caucionamento a título de garantia de empréstimo. quer dizer, a fatura e a nota de venda — essa última de utilização rara e sem conceito legal — não podem servir, de nenhuma forma, como instrumento de fraude contra os agentes que operam no mercado de crédito. São absolutamente inaptos a essa finalidade. Ora, na medida em que insere a duplicata no mesmo contexto desses outros documentos, o tipo penal pretende alcançar apenas uma parte das fraudes passíveis de se instrumentalizar através dela; qual seja, a mesma fraude que se pode, em tese, perpetrar mediante a emissão da fatura ou de nota de venda. Fraude essa que vitima, sempre e necessariamente, o comprador das mercadorias, o consumidor.

Em terceiro lugar, a lei que operou a mudança do tipo penal tem por objeto descrever crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e contra as relações de consumo. Em nenhuma dessas três classificações se pode enquadrar a fraude contra agentes do mercado de crédito. Claro que esse derradeiro argumento é bastante acessório, e ganha seu sentido unicamente no contexto dos demais, e na medida em que os reforça, posto que o sentido da norma não se circunscreve, necessariamente, à ementa do diploma legal que a abriga. Esta serve, como no caso presente, apenas para auxiliar na compreensão dos propósitos da lei.

4. Conclusão

O crime de duplicata simulada, até o advento da Lei 8.137/90, tutelava o crédito comercial. Os interesses juridicamente prestigiados pela norma penal eram os dos agentes atuantes no mercado de crédito, isto é, bancos, faturizadoras, agentes de cobrança, etc. Esses, na medida em que podiam ser vítimas de fraude na negociação com

créditos — documentados por duplicatas — que, na verdade, inexistiam, tinham na anterior definição legal a proteção contra essas práticas lesivas. Tais interesses não permaneceram ao desabrigo, embora a sua tutela tenha se tornado mais complexa, e, em certa medida, mais difícil. Agora, com a atipicidade da conduta de emissão de duplicata mercantil sem correspondência em compra e venda, o bem jurídico consistente no crédito comercial somente será amparado pelo direito penal, se demonstrada a incidência do art. 171, *caput*, do Código Penal. Em outros termos, para a condenação do comerciante, agora, não basta a prova da simples emissão de duplicata, sem apoio em efetiva compra e venda mercantil, sendo necessária também a demonstração de todos os elementos exigidos à configuração do crime de estelionato (ilicitude da vantagem, dolo, meio fraudulento, etc.).

Antes de 1990, o mero saque da duplicata sem efetiva compra e venda a sustentá-la era, por si só, crime. O art.

172 do Código Penal era — e continua sendo, em sua redação atual — crime formal. A partir da alteração tipológica, o simples saque passou a ser atípico, exigindo-se, para a configuração do crime de estelionato, que a duplicata sirva de meio para a concretização de uma fraude.

A opção do legislador de 1990, a rigor, não merece aplausos. Se considerava importante — como, aliás, realmente parece ser — conferir aos consumidores também a tutela penal contra a emissão de duplicatas, faturas ou notas de venda desconformes com os produtos vendidos, bem poderia tê-lo feito sem o sacrifício do tipo então existente do crime de saque de duplicata simulada. Enquanto permanecer a atual redação do art. 172, do Código Penal, os comerciantes que emitirem duplicatas, sacadas sem a prévia concretização do negócio de compra e venda, que as pudessem autorizar, incorrem em conduta lícita e não podem ser punidos. Essa garantia é constitucional e alicerça o estado de direito.