

O NOVO ART. 172 DO CÓDIGO PENAL (FATURA, DUPLICATA OU NOTA DE VENDA SIMULADA)

(Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior)

O antigo art. 172 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 5.474/68, dispunha, sob o *nomen juris* de "duplicata simulada":

— "Expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma efetiva venda de bens ou a uma real prestação de serviço:

Pena — detenção, de um a cinco anos, e multa equivalente a vinte por cento sobre o valor da duplicata.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas".

A Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo) manteve o parágrafo único do art. 172 com a mesma redação da Lei nº 5.474/68, mas alterou o seu *caput*, que passou a dispor:

— "Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena — detenção, de dois a quatro anos, e multa".

Embora a Lei nº 8.137/90 não tenha se referido ao *nomen juris* do art. 172, quer mantendo o anterior quer o alterando, podemos considerar que ele, face à redação do novo *caput*, deva ser: fatura, duplicata ou nota de venda simulada.

Para Fábio Ulhoa Coelho (*Breves Notas sobre o Crime de Duplicata Simulada, in RBCCrim 14/167*), a nova redação do *caput* do art. 172 tornou atípica a emissão de duplicata não fundada em efetiva compra e venda mercantil, apenas se configurando o delito quando, tendo havido um negócio real, a duplicata mencione qualidade ou quantidade diversa da verdadeira. A primeira hipótese, segundo esse autor, "somente será amparada pelo direito penal, se demonstrada a incidência do art. 171, *caput*, do Código Penal".

A nosso ver, embora o novo texto não seja um primor de redação, ele abrange tanto a duplicata que não corresponde a uma venda efetivamente feita, quanto aquela que distorce a quantidade ou qualidade da realmente realizada.

A expressão "que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade" só pode ser interpretada como sendo: que não corresponda a uma mercadoria vendida, que não corresponda a uma mercadoria em quantidade ou que não corresponda a uma mercadoria em qualidade.

Caso assim não fosse, não haveria razão para a existência de uma vírgula entre os termos "mercadoria vendida" e "em quantidade", devendo o texto legal ter sido: "que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade", ou seja, sem a referida vírgula. De outra parte, o legislador não se utilizou da expressão "que não corresponda à mercadoria vendida em sua quantidade ou qualidade", ou tampouco "que não corresponda à quantidade ou qualidade da mercadoria vendida".

O atual *caput*, portanto, ampliou a incidência do art. 172 que, ao tempo da redação

dada pela Lei nº 5.474/68, se referia apenas à expedição de duplicata que não correspondesse a uma venda efetiva de bens.

Com efeito, seria ilógico que o novo dispositivo tipificasse como crime uma conduta evidentemente menos grave (emissão de fatura, duplicata ou nota de venda com quantidade ou qualidade do produto alterada) e deixasse de punir uma conduta indubitavelmente mais grave (emissão de fatura, duplicata ou nota de venda sem qualquer venda efetuada).

Por outro lado, o atual *caput*, em sua parte final, tipifica como crime a emissão dos mesmos documentos que não correspondam "ao serviço prestado".

Ora, seria um contrasenso que a lei punisse como crime a emissão de fatura, duplicata ou nota de venda referente a um serviço que jamais foi prestado e não o fizesse quanto a uma venda que nunca existiu, dando tratamento desigual a duas situações de idêntica potencialidade lesiva.

A outra conclusão não leva, em nosso entendimento, a interpretação do novo *caput* do art. 172 em conjunto com o seu parágrafo único que, como vimos, teve a antiga redação mantida.

Prevê o referido parágrafo único:

— "Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas".

Não resta dúvida que, ao estabelecer que "nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas", este dispositivo está tipificando como crime tanto a conduta do agente que falsifica ou adultera o mencionado Livro para mudar a quantidade ou qualidade de duplicata referente a uma mercadoria efetivamente vendida, quanto a do agente que falsifica ou adultera o mesmo Livro para nele fazer constar duplicata relativa a uma venda que não se realizou.

Saliente-se que, ao alterar o *caput*, como fez, o legislador, se quisesse, poderia ter igualmente modificado o parágrafo único para restringir sua abrangência. Preferiu, todavia, não o fazer.

Assim, resta patente que sua intenção foi a de ampliar as hipóteses de incidência do *caput*, e não a de restringi-las.

Ressalte-se, também, que o parágrafo único não faz qualquer distinção entre duplicata referente a mercadoria vendida e duplicata relativa a serviço prestado.

Portanto, seria um verdadeiro *nonsense* que o *caput* punisse apenas uma conduta (emissão de duplicata que simula quantidade ou qualidade) e o parágrafo único punisse duas (falsificação ou adulteração no registro de duplicata que simula venda e no registro de duplicata que simula quantidade ou qualidade).

O atual art. 172 do Código Penal merece também comentário quanto aos princípios da retroatividade e ultratividade da lei mais benéfica.

O antigo *caput* deste artigo (com redação da Lei nº 5.474/68) previa penas de "detenção, de um a cinco anos, e multa equivalente a vinte por cento sobre o valor da duplicata".

Já o novo *caput* (com redação da Lei nº

8.137/90) prevê penas de "detenção, de dois a quatro anos, e multa", está de acordo com os critérios da parte geral do Código Penal, ou seja, dias-multa (cf. arts. 49 e 60). De outra parte, o antigo *caput* se referia apenas à duplicata, enquanto que o atual *caput* se refere à fatura, duplicata ou nota de venda.

Quanto à emissão da fatura ou nota de venda simulada, que não era tipificada no art. 172, não há que se falar, obviamente, em retroatividade.

Com referência, entretanto, à emissão de duplicata simulada, se o crime foi praticado antes da vigência da Lei nº 8.137/90, a pena máxima do novo *caput* ("quatro anos") deve ser aplicada retroativamente ou assim ser considerada, como no cálculo da prescrição em abstrato, por ser mais benéfica; já a pena mínima do antigo *caput* ("um ano"), por ser menor, deve ser aplicada ou considerada ultrativamente para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 8.137/90. Nesse sentido decidiu, por votação unânime, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão relatado pelo douto juiz Carlos Biasutti (RT 710/330).

A pena mínima do antigo *caput* ("um ano"), por ser mais benéfica, deve ainda ser aplicada ultrativamente na hipótese de crime continuado que, tendo se iniciado antes da vigência da Lei nº 8.137/90, tenha continuado após a sua entrada em vigor.

No que concerne à pena de multa, e somente quanto à duplicata simulada emitida antes da vigência da Lei nº 8.137/90, deverá se verificar, em cada caso concreto, qual seria a menor: a multa equivalente a vinte por cento sobre o valor da duplicata (antiga redação) ou a multa de acordo com os atuais critérios da parte geral do Código Penal (nova redação), aplicando-se a mais benéfica, retroativa ou ultrativamente.

Os autores são advogados em São Paulo.

ENTIDADES CONVENIADAS AO IBCCRIM QUE RECEBEM MENSALMENTE O BOLETIM:

- Associação dos Delegados do Estado de São Paulo
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação do Ministério Público de São Paulo
- Associação Paulista de Magistrados
- Curso C.P.C.
- Curso Forensis
- Curso M.P.M.
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados de São Paulo